UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2012 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LX

Анали Правног факултета у Београду

Година LX, бр. 2/2012, стр. 1–410

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ПРИКАЗИ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

НЕКРОЛОЗИ

УДК 347.56:614.25 ; 617.5-089.844

Др Јаков Радишић[*]

ЕСТЕТСКА ОПЕРАЦИЈА И ГРАЂАНСКА ОДГОВОРНОСТ ОПЕРАТОРА

Легитимитет естетске или козметичке операције није данас више спо ран. Пристанак пацијента у стању је да оправда и терапијски и нетерапијски захват у његово тело. Међутим, пристанак на терапијски захват условљен је стањем нужде, док је пристанак на естетску операцију изазван личном жељом за лепшим спољашњим изгледом. Болестан човек је спреман да ради свог лечења прихвати и извесне неизбежне штете по здравље, ако га оне мање оптерећују него постојећа болест. Пацијент (клијент) који жели естетску операцију, по правилу, није спреман на сличну жртву, тј. да зарад лепшег из гледа пристане и на штету за своје здравље. Зато он мора имати потпуну и тачну представу о естетској операцији, њеним шансама и ризицима. То значи да лекар треба да му даде опширнија и уверљивија обавештења о тим ства рима, прилагођена његовим потребама и његовом разумевању. Ограничења која важе за обавештење пацијента коме предстоји терапијска медицинска мера, не важе за пацијента од кога се очекује пристанак на естетску операцију.

Слично лекару који обавља лечење болесника, ни козметички хирург не дугује гаранцију за успех, него само поступање према важећем стандарду своје струке. Јер, успех не зависи искључиво од лекареве вештине и способно сти, него и од чинилаца из организма самог пацијента, који се не даду унапред спознати. Али лекар може, добровољно, изричито и недвосмислено, да преузме гаранцију за успех естетске операције.

Кључне речи: *Естетска операција. Пристанак пацијента. Одговорност лекара..*

[*] Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

1. УВОД

1.1. Појам естетске операције

Медицинска делатност, по својој сталној суштини, представља специјалну врсту помоћи човеку. Та се помоћ своди на лечење или ублажавање болести, телесних оштећења или патњи. Отуда је и потекао израз „лекар", који означава лице што ту делатност обавља. Дуго времена владало је схватање да је лекар само слуга и тумач природе (*nature minister et interpres*). То схватање исказано је чувеном реченицом „лекар лечи, а природа излечи" (*medicus surat, natura sanat).* Другим речима, као норма за одређивање циља лекарске вештине служила је природа.[1]

Међутим, током времена дошло је до промене медицине, до ширења подручја њене делатности. Медицини није више једини циљ да одржава човекову природу него и да, својим поступцима, мења њене недостатке. У такве поступке спадају, на пример, стерилизација, кастрација и вештачко оплођење. Исти карактер имају и тзв. *естетске или козметичке операције.* Њима није циљ лечење болести него исправљање здравих, функционално способних делова човековог тела. За такве поступке, као *Schlagwort*, користи се у новије време енглеска реч *Enhancement*, која подразумева „све корективне захвате у човечије тело којима се не лечи болест, односно који нису медицински индиковани".[2]

Сврха козметичке операције јесте да уклони само оне недостатке на телу који нарушавају складан облик и пропорције, а где функција није оштећена. За разлику од реконструктивне пластичне операције, која тежи, у првом реду, успостављању функције, а у другом реду што бољем естетском резултату, естетска операција обавља се искључиво из естетских разлога.[3] Није реч о томе да се естетском операцијом добију најсавршенији облици тела, него да се уклоне они недостаци који изазивају непријатан осећај ружног или смешног и ремете психичку равнотежу личности.[4] За козметичку операцију је, дакле, битно да она, ни непосредно ни посредно, не служи успостављању здравља него једино спољашњег изгле-

---

[1] Adolf Laufs, Wilhelm Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts,* Ferlag C.H. Beck, München 2002^3, 2, 27.

[2] Susanne Beck, „Enhancement die fehlende rechtliche Debatte einer gesell schaftlichen Entwicklung", *Medizinrecht* 2/2006, 95 96.

[3] *Medicinska enciklopedija,* III, Zagreb MCMLXVIII, 680.

[4] Миодраг М. Цолић, Милан М. Цолић, *Естетска хирургија лица и тела,* Jefemija Press, Нови Београд 2003, 9.

да, тј. улепшавању.[5] Због тога се она назива и „операција ради лепоте“ (*Schönheitsoperation*). Типичан пример такве операције чини отклањање старачких бора. Али, ако је реч о уклањању унакажености и храпавости које имају негативан утицај на психу конкретног лица, тада се већ закорачује у подручје терапијских третмана.[6]

Треба, дакле, правити разлику између козметичког и терапијског хируршког захвата, јер они могу повлачити и неједнаке правне последице. Између осталог, козметичке операције нису покривене обавезним здравственим осигурањем него их морају плаћати сами пацијенти.[7] Оцена лекаревог поступка као терапијског или козметичког не може се вршити искључиво по томе да ли је захват „потребан“ или „није потребан“, већ се мора водити рачуна о мотивима из којих пацијент тражи одређену медицинску меру, које је налазе лекар утврдио и из којих се разлога одлучио на ту меру.[8] Терапија претпоставља болесно стање, а козметичка мера се спроводи на здравом човеку.

Козметичке операције обављају се на разним деловима човечијег тела, али најчешће на глави. Ту су најчешће корекција носа и ушних шкољки, уклањање бора, одстрањивање хемангиома, младежа и других бенигних тумора, затезање и подизање опуштених ткива лица и врата. Сем тога, карактеристичне операције тог типа су корекција груди и задњице, у смислу њиховог повећања, смањења или подизања, уклањање масних наслага са стомака, итд.[9]

Естетске операције изводе се данас веома често, нарочито у Европи и у Америци. Према процени извесних истраживача, у Немачкој је током 2004. године обављено 700.000–800.000 естетских операција, па су стога неки медији говорили о „индустрији улепшавања човечанства“.[10] Ни у Србији ове операције нису ретке. На њих се одлучују многе жене и мушкарци који су незадовољни својим спољашњим изгледом, па зато настоје да до лепоте дођу уз помоћ медицине. Лепота се не сматра више само као дар природе, него и као добро које се може купити. Задовољство самим собом и самопоуздање нису једини циљеви те куповине, него и углед у друшт-

[5] G. Solbach, T. Solbach, „Zur Frage der rechtlichen Einordnung der radialen Keratotomie“, *Medizinrecht* l/1989, 11.

[6] *Ibid.*

[7] Вид. чл. 61, ст. 1, тач. 8 Закона о здравственом осигурању, *Службени глас ник РС,* бр. 107/05, 57/11.

[8] G. Solbach, T. Solbach, 11.

[9] М. Цолић, М. Цолић, 11 87.

[10] Sigrid Lorz, *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen,* Duncker & Humblot, Berlin 2007, 52 53; S. Beck, 95.

ву и успех у занимању. Сва та очекивања повезана су са естетском операцијом, па се за то на њих одлучују и млађа и старија лица.[11]

1.2. Циљ рада

Пошто уговор о естетској операцији нема за предмет типичну медицинску меру, тј. лечење болесног, него улепшавање здравог човека, у теорији је постављено питање да ли је он у складу с правним поретком и добрим обичајима, и да ли је пацијент могао пуноважно пристати на такав хируршки захват? Другим речима, да ли медицина сме све што може, и није ли вршење естетске операције већ само по себи лекарска грешка?[12] Сем тога, каква би била правна квалификација овог уговора, тј. може ли се он подвести под неки од постојећих законских типова или је уговор *sui generis?*

Пацијенти који се подвргавају естетској операцији гаје често велика очекивања која се увек не остварују. Њихове погрешне представе о могућностима медицине, али и лекарске грешке, могу довести до тога да успех буде мањи од очекиваног, а могу настати чак и оштећења здравља. У том случају искрсава питање у којој је мери обављена естетска операција била сигурна и да ли је лекар био дужан да гарантује за успех. Да ли се лекарева гаранција успеха подразумева или важи само ако је изричито уговорена? Најпосле, може ли се свако лекарево обећање успеха схватити као његово хтење да преузме гаранцију? Све то указује на потребу да се разјасни предмет уговора о естетској операцији и његова правна природа.

Пракса је, међутим, показала да код козметичких операција у центру пажње стоји најчешће проблем обавештавања пацијента о чињеницама од којих зависи пристанак на захват. При томе је особито бивало спорно докле сеже лекарева дужност да пацијента обавести и упозори на ризик од неуспеха и на могућност доцнијих штетних последица хируршког захвата. У земљама Западне Европе, а нарочито у Немачкој, судови су много пута имали прилику да се о томе изјасне, јер су козметички хирурзи бивали чешће тужени и осуђивани због пропуста у обавештавању него ли због стручних грешака у раду. Шта све лекар треба да каже пацијенту пре естетске операције да би избегао одговорност, може се видети једино из судских пресуда којима су решени конкретни случајеви из живота. Уопштена прича о томе није довољна, и зато ће скраћени преводи двеју пресуда немачких судова бити састојци овог рада.

---

11 S. Lorz,, *ibid,* 24.

12 A. Laufs, W. Uhlenbruck, 353; S. Lorz, 25.

2. УГОВОР О ЕСТЕТСКОЈ ОПЕРАЦИЈИ И ЊЕГОВА ПРАВНА ПРИРОДА

Првобитно исказани страх да би предмет уговора о естетској операцији могао бити противан правном поретку и добрим обичајима није више актуелан. Правници су закључили да и лепота човекова може бити легитиман циљ лекаревог рада. Јер, естетске операције су несумњиво корисне за лица на којима се изводе. Оне воде самозадовољству тих лица својим изгледом, добром осећању и, у крајњој линији, побољшању квалитета живота – служе, дакле, добру пацијентовом, као и терапијски захвати.[13] Недопуштене су само оне естетске операције које су медицински неприхватљиве, које су противне медицинском стандарду. То је случај кад су штете од захвата претежније од могућих естетских користи. Тада естетска операција не служи добру пацијента него му шкоди, и тако противречи основном правилу медицинске етике *nil nocere*.[14]

Уговор о лекарским услугама у виду лечења или естетске операције није посебно правно регулисан у европском законодавству.[15] Ради се, дакле, о *неименованом и неформалном уговору,* којим се заснива грађанскоправни однос и који се може различито правно оцењивати. Заједнички је став правника да правна природа уговора о лекарским услугама зависи готово искључиво од обавеза које дугује лекар и које су типичне за медицинску делатност. Једни га квалификују као уговор о служби, други као уговор о налогу, а трећи као уговор *sui generis*.[16] Са становишта нашег права, уговор о естетској операцији (као и уговор о лечењу) потпада под уговор о делу, у смислу чл. 600 Закона о облигационим односима (ЗОО). За разлику од неких других правних система, ЗОО уговором о делу обухвата и извршење одређеног посла и постизање одређеног резултата. Тачније речено, он не прави разлику између уговора о делу и уговора о служби, као што чине, на пример, немачки и аустријски правници, па зато уговор о лекарским услугама подводе под уговор о служби.[17] Међутим, та је разлика само формална, јер лекар по нашем и њиховом праву има исте обавезе.

---

[13] S. Lorz, 173 174.

[14] Gerhard Wagner, у: *Mühnener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Band 5, *Schuldrecht, Besonderer Teil III,* Verlag C. H. Beck, München 2004^4, §§ 823,1834; A. Laufs, W. Uhlenbruck, 2.

[15] Изузетак представља холандски Грађански законик, који уговор о лечењу уређује веома детаљно, у чл. 446 468.

[16] Christian Katzenmeier, *Arzthaftung,* Mohr Siebeck, Tübingen 2002, 100; Gerfried Fischer, Hans Lilie, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich,* Carl Heymanns Verlag, Köln 1999, 8.

[17] Вид. A. Laufs, W. Uhlenbruck, 349 351; G. Fischer, H. Lilie, 8.

У већини случајева предмет уговора о козметичкој операцији није одређени резултат рада него сам рад. Тиме се лекар штити од претераних очекивања пацијентових. За лекара је, наиме, битно да уговором не преузима гаранцију да ће естетски резултат какав пацијент жели бити постигнут, нити да ће изостати успутне нежељене последице захвата. Он се једино обавезује да ће медицинске мере што воде ка жељеном резултату спровести у складу са правилима своје струке. Успех тих мера не зависи само од вештине и пажње лекара, него и од физичке и психичке конституције сваког пацијента. Реч је о факторима који се не даду унапред тачно предвидети нити се њима може потпуно управљати. Зато се обично каже да лекар има „обавезу средстава", а не „обавезу резултата".[18] То гледиште одговара и нашем праву, док шпански правници сматрају, већином, да лекар који обавља козметичку операцију дугује успех.[19]

Међутим, у пракси се поставило питање може ли лекар добровољно да гарантује пацијенту за успех хируршког захвата у његово тело? Начело слободе уговарања допушта позитиван одговор на то питање, али може бити спорно како таква лекарева воља треба да буде исказана. Може ли се, на пример, само обећање успеха естетске операције схватити као гаранција? Извесни правници сматрају да се таква изјава може разумети као гаранција само кад је реч о малим и јасним ризицима од неуспеха, какав је, на пример, случај код одстрањивања пигментских флека или малих ожиљака.[20] Али кад се ради о тешким операцијама којима су својствене компликације, према лекаревим обећањима успеха треба бити резервисан, и у случају сумње ваља сматрати да лекар не дугује успех.[21] Уопштено обећање успеха од стране лекара немачки судови сматрају недовољним за гаранцију (на пример, изјава да пацијенткиња не треба да брине јер ће, после затезања коже на стомаку, „изгледати заносно", или да ће после *rhinoplasticae* имати „ванредно леп нос").[22] Само ако лекар изричито обећа јемство за успех естетске операције и ако успех представи као сигуран, тада се може рећи да дугује гаранцију. То је становиште и америчких и немачких судова.[23] Истина, преузимање гаранције бива у пракси ретко, јер лекар није лако спреман да при-

---

18 Erwin Deutsch, Andreas Spickfoff, *Medizinrecht,* Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2008[6], 74; G. Fischer, H. Lilie, 8.

19 Вид. Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht,* Band 2, München 199, marg. br. 2999, 305, fn. 785, 841.

20 S. Lorz, 79.

21 A. Laufs, W Uhlenbruck, 360.

22 S. Lorz, 79.

23 G. Fischer, H. Lilie, 8.

хвати одговорност и за ризике од неуспеха који потичу из сфере пацијентове и који нису у његовој власти.[24]

3. ПРИСТАНАК ПАЦИЈЕНТА НА ОПЕРАЦИЈУ И ОБАВЕШТЕЊЕ РАДИ САМООДРЕЂЕЊА

3.1. Општи поглед

Закон о здравственој заштити Србије (ЗЗЗ) прописује да је за сваку медицинску меру над пацијентом потребан, по правилу, његов пристанак.[25] Поред тога, ЗЗЗ утврђује право пацијента да од „надлежног здравственог радника" добије обавештење које му је потребно како би донео одлуку да пристане или не пристане на предложену медицинску меру. Ту су поименично и исцрпно одређени и подаци које пацијенту ваља саопштити, и то без његовог тражења.[26] Напослетку, следи законска санкција да „пристанак коме није претходило потребно обавештење не обавезује, а надлежни здравствени радник који предузме медицинску меру у том случају сноси ризик за штетне последице".[27] Из наведених одредаба јасно се види да је реч о тзв. „обавештењу ради самоодређења" и о одговорности због повреде те дужности. Ово обавештење треба да омогући пацијенту да о своме лечењу или нелечењу одлучи слободно и на властиту одговорност.

Прописујући ова правна правила законодавац је имао у виду медицинске мере којима је циљ заштита пацијентовог здравља, на шта упућује и сам назив закона. Естетске операције немају тај циљ, али оне спадају такође у медицинске мере, којима се, на исти или сличан начин, задире у физички и психички интегритет човека. Стога наведена законска правила о пристанку и обавештењу пацијента важе и за њих, и то са строгошћу која изискује ригорозну примену. Будући да те мере не служе пацијентовом здрављу као најважнијем добру, него улепшавању одређених делова његовог тела, пристанак на њих утолико је потребнији. Зато естетским операцијама мора неизоставно претходити *стварни пристанак* лица на које се оне односе. За њих не важи *претпостављени пристанак,* који ЗЗЗ допушта за хитне терапијске медицинске мере над пацијентом који је без свести или из других разлога није у стању да саопшти свој пристанак.[28]

[24] S. Lorz, 79.

[25] Чл. 31 Закона о здравственој заштити (ЗЗЗ), *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 72/09.

[26] ЗЗЗ, чл. 28 ст. 1, 2 и 3.

[27] Чл. 32, ст. 2 ЗЗЗ.

[28] Чл. 33, ст. 2 ЗЗЗ.

С деформацијом се може живети, па зато њено отклањање не може бити хитно потребно нити подложно туђој, објективној оцени. Естетска операција као нетерапијска мера зависи искључиво од воље онога кога се тиче.

Пристанак на естетску операцију условљен је, исто тако, и претходним обавештењем пацијента о чињеницама од којих зависи његово самоодлучивање. Лекар мора пацијенту да саопшти много информација, како би овај могао да о предузимању естетске операције одлучи на сопствену одговорност. Другим речима, пацијенту као медицинском лаику обавештење омогућује да тачно одмери разлоге за и против захвата, да стекне тачну представу о ономе на шта се одлучује.[29] Није довољно обавештење „у главним цртама“, као код терапијских захвата, него оно мора бити детаљније.

Пракса немачких судова поставља врло високе захтеве лекаревој дужности обавештавања код козметичких захвата. Она тражи да обавештење буде беспоштедно, неограничено, јасно и упечатљиво.[30] Ту нема места ограничењу обавештења због *медицинске контраиндикације,* тј. „ако постоји озбиљна опасност да ће се обавештењем знатно нашкодити здрављу пацијента“.[31] Најпосле, скраћивање обавештења не долази у обзир ни због могућности да се пацијент уплаши, па да одустане од естетске операције. Пацијент који жели козметичку операцију има већу потребу да зна са чиме се све саглашава него пацијент који жели лечење своје болести. Речју, лекар је дужан да пацијенту каже пуну истину о козметичком захвату, јер нема право на „милосрдну лаж“.

3.2. Предмет обавештења ради самоодређења

Обавештење пацијента пре пристанка на естетску операцију треба да обухвати све податке које је ЗЗЗ одредио за пристанак на терапијске медицинске мере,[32] али и још неке друге чињенице. Уопштено говорећи, лекар је дужан да пацијенту пружи три врсте података: о дијагнози, о току операције, и о ризицима операције.

3.2.1. Обавештење о дијагнози

Кад се ради о болеснику, дијагноза значи препознавање болести на основу симптома и давање обавештења о томе. Али, ако је

[29] Dieter Giesen, *Arzthaftungsrecht,* J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995, 175 176.

[30] Вид. пресуду Врховног земаљског суда у Düsseldorf u, од 13.10.1997, објављена у *Versicherungsrecht* 2/1999, 61 62.

[31] Чл. 28, ст. 6 ЗЗЗ.

[32] Чл. 28, ст. 2, тач. 1 6 ЗЗЗ.

реч о здравом човеку који жели естетску операцију, тада, по природи ствари, поступак лекара мора бити другачији. Он треба да обавести пацијента о његовом стању с обзиром на намеравану операцију ради улепшавања. С тим у вези искрсла су два питања. Прво, треба ли лекар да обавести пацијента ако сматра да његов изглед одговара садашњим идеалима лепоте и да естетска операција није потребна? Друго, мора ли лекар да укаже пацијенту на остале ненормалне облике његовог тела које он није имао намеру да коригује.[33]

За пацијентову одлуку да се подвргне козметичкој операцији највећи значај има његово лично осећање свога спољашњег изгледа. Ако он неке делове тела осећа као ненормалне и ружне, за њега није битно што већина људи има супротно мишљење, јер је појам лепоте веома субјективан и налази се у оку посматрача.[34] Указивање лекара да је пацијент већ довољно леп и да је операција непотребна није у стању да промени његову одлуку. Зато се не може ни сматрати да је то лекарева дужност.[35] Пацијент је, по правилу, сам себи већ поставио дијагнозу да му извесни делови тела нису довољно лепи и да их треба кориговати. С тим уверењем он долази лекару.

Ако је пацијент задовољан изгледом осталих делова свога тела и не осећа потребу за њиховом корекцијом, лекар који има супротно мишљење о тим деловима није дужан да му то без питања каже. Јер није лекарев задатак да пацијента подстиче на нову естетску операцију и излагање ризику. Саопштење дијагнозе болесном пацијенту јесте дужност лекара, али указивање здравоме на неестетски изглед извесних делова тела није његова дужност.[36]

3.2.2. Обавештење о току операције

Ово обавештење обухвата: спровођење планиране естетске операције, алтернативне методе захвата, и изгледе на успех.

3.2.2.1. Спровођење операције

Лекар је дужан да пацијента обавести о спровођењу намераване естетске операције. Пацијент треба да стекне јасну представу о току, опсегу, тежини и времену трајања хируршког захвата.[37] Само ако има тачну представу о ономе што му предстоји, пацијент може пуноважно дати свој пристанак. Особито је важно да лекар јасно из-

---

33 S. Lorz, 109.

34 Dimitrije E. Panfilov, *Tajne estetske hirurgije,* (prev. D. Vlajčić). Elit Medica, Beograd, 2006.

35 S. Lorz, 110.

36 *Ibid.*

37 G. Wagner, 1843; Ch. Katzenmeier, 327 328.

ложи пацијенту све планиране промене његовог спољњег изгледа, јер је за тај изглед меродавна увек воља самог пацијента (*voluntas aegroti suprema lex*).[38]

3.2.2.2. Алтернативне методе операције

Избор методе операције ствар је, начелно, лекара. Он, по правилу, бира методу која одговара његовом образовању, искуству и пракси. При том није дужан да пацијента обавести о свим методама које долазе у обзир и да му објасни њихове мане и врлине.[39] То, међутим, важи само у случају кад за пацијента не постоје праве алтернативне методе операције, јер се необавештењем не дира у његово право на самоодређење. Ситуација је другачија кад постоје алтернативне методе које обећавају једнаке шансе за успех, али су повезане са битно различитим ризицима или са једнаким ризицима, а различитим изгледима на успех. Тада за пацијента постоји могућност избора између алтернативних метода, па је лекар дужан да га о томе обавести.[40] О алтернативној методи која се налази тек у фази испитивања и која још није постала медицински стандард, обавештење није потребно, осим ако лекар жели да њу примени зато што је повољнија за пацијента.[41]

3.2.2.3. Изгледи на успех операције

За пацијентов пристанак на козметичку операцију од нарочитог су значаја изгледи на успех. Јер, само ако му је то познато, он може реално да оцени да ли је операција за њега лично корисна и да се за њу одлучи на сопствену одговорност. Зато је лекар дужан да му то саопшти.[42] При том треба да му укаже са којом, отприлике, вероватноћом одређена побољшања свога изгледа, у најбољем случају, може очекивати, а која погоршања, у најгорем случају. Ово обавештење обухвата могућност да, због немерљивости човечијег организма, жељени резултат изостане или да се постигне само делимично. За то није довољна једино изјава лекара да не преузима гаранцију за естетски успех.[43] Најпосле, лекар је дужан да пацијента обавести и о трајности естетског резултата. Јер за пацијента је битно да зна да ли је улепшавање његовог изгледа трајно или ће за то бити потребни нови захвати повезани са тегобама и ризицима.[44]

38 S. Lorz, 114.

39 Ch. Katzenmeier, 331.

40 Alexander Ehlers, Maximilian Bgogli, *Arzthaftungsrecht,* Köln 2006, 387.

41 Erich Steffen, Burkhard Pauge, *Arzthaftungsrecht,* Köln 2006, 387.

42 G. Wagner, 1840.

43 S. Lorz, 117.

44 *Ibid.,* 119.

О трајности не може бити говора, на пример, код операција предузетних да успоре процес старења, као што је операција ради отклањања бора на кожи лица. Тада се са старењем пацијента поново враћа непожељно стање.[45]

3.2.3. Обавештење о ризицима операције

Најважнији састојак обавештења ради самоодређења код естетских операција чини обавештење о ризицима. Оно подразумева све објективно неизбежне опасности или компликације захвата, тј. споредне последице трајног или привременог карактера, које могу наступити и при прописном поступању лекара. Кратко речено, ризици су могуће *пратеће штете*.[46] Да би пацијент стекао јасну представу о могућим последицама, сматра се да му треба показати и слике у боји из стручне литературе.[47] Обавештење о ризицима обухвата естетске и здравствене ризике, као и недостатак посебне стручне квалификације у лекара.

3.2.3.1. Естетски здравствени ризици

Козметичке операције садрже не само естетске, него и здравствене ризике, који се кадикад испољавају у истим симптомима. Ако се пође од становишта да обавештење не треба ипак да буде *тотално,* тј. да се не односи на све теоријски замисливе ризике, тада се намеће питање о којим ризицима лекар треба да обавести пацијента. Водећи рачуна о сврси обавештења ради самоодређења, одговор би морао да гласи: пацијенту ваља саопштити оне ризике које он треба да зна како би био у стању да самостално одлучи о својој естетској операцији. Он мора да стекне тачну представу о односу штете и користи од операције.[48] Сматра се да потреба за обавештењем зависи од тежине могућих штетних последица и њиховог утицаја на живот пацијента, од тога да ли је ризик типичан или атипичан, специјалан или општи, и од степена његове учесталости.[49]

Дужност обавештавања односи се првенствено на тзв. *типичне ризике,* јер су они нарочито повезани са хируршким захватом одређене врсте, при чему није битан степен њихове учесталости. Такав је, на пример, ризик од сметњи у лечењу ране, који је скопчан са

[45] *Нова илустрована медицинска енциклопедија за сваку породицу,* 3 (ур. R. E. Rothenberg), Издавачки завод Југославије, Београд 1976, 872.

[46] A. Laufs, W. Uhlenbruck, 512.

[47] Вид. пресуду Врховног земаљског суда у München у, од 10. 9. 1985, објављена у *Medizinrecht* 4/1988, 187. 189.

[48] Karlmann Geiβ, Hans Peter Greiner, *Arzthaftpflichtrecht,* Verlag C. H. Veck, München 2009, 242.

[49] *Ibid,* 241.

одстрањивањем проширеног масног јастучета.[50] Лекар је дужан да укаже и на врло ретке, *атипичне ризике* који испуњавају ове услове: 1) ако њихова реализација чини живот пацијента врло тешким; 2) ако су, упркос њихове реткости, карактеристични за дотични хируршки захват али изненађујући за лаике.[51]

Наравно, дужност обавештавања односи се само на ризике који су у време операције лекару били или морали бити познати из стручне литературе. Али, ако лекар жели да примени метод операције који још није постао медицински стандард, тада треба да каже пацијенту да се ради о нестандардној операцији и да нису искључени дотле непознати ризици.[52]

На опште ризике, који су, по правилу, повезани са сваком операцијом, као што су инфекција ране, повреда нерава и крвних судова, ожиљци, тромбозе и емболије, болови ране и крварења, лекар није дужан да укаже пацијенту, јер се претпоставља да су они познати. Али је ситуација другачија кад је очигледно да пацијент за те ризике не зна или ако се они могу развијати у смеру који изненађује пацијента и његов живот чини особито тешким.[53] Међутим, да ли се неки ризик може оценити као општи или као специјалан, то се не може рећи генерално, него зависи од физичког стања конкретног пацијента.[54]

3.2.3.2. Недостатак посебне стручне квалификације лекара

Естетске операције обављају не само лекари „специјалисти за пластичну и естетску хирургију“, него и они који такву специјалност немају. Стога се поставља питање мора ли пацијент бити обавештен о недостатку пластично-естетске специјализације оператора? Мишљења правника о томе донекле се разликују. Једни сматрају да је код операције коју обавља лекар без одговарајућег стручног образовања ризик од грешака уопште већи и да би зато пацијент требало да зна за тај недостатак свог оператора.[55] Томе иде у прилог и мишљење понеких лекара који раде као естетски хирурзи. Они тврде да је „највећи ризик код сваке, а не само код естетске операције сам хирург“. „Ако он за собом нема одговарајуће образовање, не распо-

[50] Пресуда Врховног земаљског суда у Düsseldorf у од 13.10.1997, објављена у *Versicherungsrecht* 2/1999, 61 62.

[51] K. Geiβ, H. Greiner, 241.

[52] *Ibid,* 244.

[53] *Ibid.*

[54] Опширније о томе вид. S. Lorz, 123.

[55] D. Giesen, 79 80.

лаже одговарајућим искуством, а пре свега није свестан својих недостатака, то представља највећу опасност за пацијента“.[56]

Међутим, други правници стоје на становишту да обавештење о недостатку формалне квалификације лекара није потребно, јер је пацијент довољно заштићен преко одговорности за стручне грешке у третману.[57] Лекар који предузме медицинску меру изван своје стручне области мора одговарати за стандард лекара специјалисте за ту област. Сваки његов рад испод тог стандарда представља стручну грешку, која повлачи одговорност.[58]

Реагујући на ово схватање, извесни немачки правници истичу да оно не води рачуна о пацијентовом праву самоодређења. Тврде да за пацијентов пристанак нису битни једино апстрактни ризици операције, него и способности конкретног лекара оператора. На његову одлуку за операцију утиче веома и поверење у лекареву квалификацију.[59] Обавештење да оператор није специјалиста за пластичну и естетску хирургију даје пацијенту могућност да козметичку операцију одбије и тиме избегне могуће оштећење свог здравља, док одговорност због лекарске стручне грешке поправља штету тек кад је она настала. Сем тога, код козметичких операција постоји опасност да се лекар, због свог финансијског интереса, помири и са повећаним ризиком од властите грешке. То је доказ да одговорношћу због лекарске грешке пацијент није заштићен довољно.[60] Али, поборници овог схватања уједно сматрају да пацијентово право самоодређења захтева одговарајуће обавештење само ако је ризик од лекарске стручне грешке повећан с обзиром на конкретну операцију. Кад је у питању лекар који има дугогодишње практично искуство и знање о актуелном стандарду естетске операције, тада његове способности одговарају ипак способностима лекара специјалисте за пластичну и естетску хирургију. У том случају не постоји повећан ризик од грешке, па ни обавеза да се пацијент обавести о формалном недостатку стручне квалификације.[61]

56 D. Pamfilov, 67.

57 A. Ehelers, M. Brogli, 242; K. Geiβ, H. Greiner, 225 226.

58 Dieter Hart, „Organisationsaufklärung“. Zum verältnis von Standardbeahndlung, Organisationspflichten und ärztlichen Aufklärung“, *Medizinrecht* 2/1999, 48.

59 D. Giesen, 79.

60 S. Lorz, 132.

61 *Ibid.*

4. ОДГОВОРНОСТ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ОБАВЕЗЕ ОБАВЕШТАВАЊА

Ако естетској операцији није претходило лекарево обавештење пацијента о чињеницама од којих зависи његов пристанак на ову меру или ако обавештење није било потпуно, сматра се да је пацијентов пристанак непуноважан. У том случају обављена естетска операција има карактер недопуштене или *противправне радње,* чак и кад је индикована и спроведена *lege artis.* Пошто лекар није поступио по правој вољи пацијента него једино по својој вољи, његов поступак назива се „самовољна операција".[62] Са становишта грађанског права, таква операција представља телесну повреду и повреду права личности, па стога повлачи одговорност за материјалну у нематеријалну штету пацијента. Нематеријална штета подразумева претрпљене физичке и душевне болове, а материјална се односи првенствено на плаћену цену за операцију. Ситуација је иста као и код непуноважног пристанка на терапијску медицинску меру, тј. лекар сноси ризик за штетне последице хируршког захвата.[63]

Повреда дужности обавештавања повлачи одговорност лекара само уколико између те повреде и пацијентове штете постоји узрочна веза. Сматра се да она постоји ако пацијент не би пристао на естетску операцију да је био уредно обавештен, јер се тада не би остварио ризик о коме је обавештење требало дати. Ако би пацијент пристао на операцију и да је био прописно обавештен, тада узрочна веза између лекареве повреде дужности обавештавања и штете коју је претрпео пацијент не постоји.[64] С друге стране, за потврду узрочне везе довољно је увек да се настала штета своди на пропуштено обавештење. Ако се остварио само онај ризик о коме је лекар морао обавестити пацијента и ако је он то учинио, тада је небитно да ли је требало указати и на неке друге ризике који се нису остварили.[65]

Пацијент који захтева накнаду штете не мора доказати да није уопште или да није довољно обавештен о оствареном ризику, него лекар треба да докаже да је пацијент пристао на хируршки захват и да је пре тога прописно обавештен о захвату и његовим ризицима.[66] То је последица чињенице да је захват у телесни интегритет недопуштен и да га може оправдати само пуноважан пристанак пацијента.[67]

---

62 A. Laufs, Uhlenbruck, 971.

63 Чл. 32, ст. 2 ЗЗЗ.

64 G. Wagner, 1858.

65 E. Steffen, B. Pauge, 204.

66 G. Wagner, 1856.

67 E. Deutsch, A. Spickhoff, 205 206.

Међутим, лекар се може бранити приговором да би пацијент пристао на козметичку операцију и да је био обавештен како ваља. Реч је о приговору претпостављеног пристанка или о позивању на *правоваљано алтернативно поступање*.[68] Пацијент може тај приговор да обеснажи ако уверљиво изложи да би се у случају уредног обавештења нашао у правној дилеми како да одлучи, из чега његово уверавање у одбијање хируршког захвата бива схватљиво.[69]

5. СЛУЧАЈЕВИ ИЗ ПРАКСЕ НЕМАЧКИХ СУДОВА

5.1. Први случај[70]

5.1.1. *Чињенично стање:* На жени старој 36 година, лекар је, дана 20.1.1982. године, извршио оперативну редукцију груди, при чему је њене груди и подигао, помоћу уложака. Сем тога, на надлактицама је начинио уздужне изрезе, да би се постигло сужење. Пацијенткиња је за то платила лекару уговорени хонорар у износу од 7.400 немачких марака (ДМ). После четири месеца, исти лекар је, накнадно обављеном коректуром у амбуланти, одстранио пацијенткињи са десне дојке влакнасти тумор и извршио корекцију брадавице, а десет дана доцније спровео је и допунску операцију надлактица. За све ове доцније интервенције тражио је од пацијенткиње да му плати још 1.687 ДМ. Пацијенткиња није на то пристала јер су се, после операције, на њеним грудима и надлактицама образовали ожиљци, а дојке су постале асиметричне. Сем тога, дошло је и до умањења сензибилитета.

Три месеца пре прве операције, пацијенткиња је потписала штампани лекарев образац чији текст гласи:

„Драги пацијенте,

Ја ћу Вас оперисати према најбољем својем уверењу.

Козметичка хирургија је хирургија као и свака друга, и, као и сваки лекарски чин, садржи у себи известан ризик.

Код пластичне – хируршке операције, исто као и код сваке друге операције, могу наступити унапред несагледиве компликације (на пример, запаљења, доцнија крварења, опасности од тромбозе или емболије).

У једном малом проценту образују се на телу широки ожиљци (келоидна склоност).

---

68 Ch. Katzenmeier, 347.

69 E. Deutsch, A. Spickhoff, 208.

70 Пресуда Врховног земаљског суда у München у, од 19.9.1985, *Medizinrect* 4/1988, 187 189.

У ретким случајевима може бити потребна мала накнадна коректура.

Упркос томе, Ви се можете мирно подврћи овој операцији. Ја ћу Вас шире обавестити како се овај захват изводи и какве су шансе за успех.

Мени је потребно Ваше овлашћење да сте са овом операцијом сагласни, и да ћете се код мене оперисати као приватни пацијент".

Пацијенткиња је тужила лекара и тражила да јој тужени плати 8.000 ДМ на име нематеријалне штете, и да јој врати 7.400 ДМ које му је она исплатила као хонорар. Међутим, лекар је противтужбом захтевао од тужиље да му исплати 1.687 ДМ, са каматом. Земаљски суд у Минхену осудио је лекара да плати 11.400 ДМ са каматом, а његову противтужбу је одбио. Врховни земаљски суд у Минхену није прихватио жалбу туженог и потврдио је одлуку првостепеног суда.

5.1.2. *Из образложења пресуде Врховног земаљског суда:* Овај суд сматра да је козметичка операција коју је обавио тужени била противправна, јер тужиља није дала пуноважан пристанак на операцију. Пуноважан пристанак пацијента претпоставља да је он упознат са значајем и домашајем лекарског захвата, а у овом случају таквог прикладног обавештења није било. Код замашних телесних захвата који се обављају само ради козметичких циљева, разлоге за и против треба пацијенту изложити брижљивије него код стања које, очигледно, непосредно угрожава његов живот. У овом случају медицинска индикација није постојала. Неспорно је, такође да тужиља није имала никакве разлоге везане за њено занимање који би је принуђавали на захват. Напротив, тужиља је само желела да буде „лепша". Спорна операција бива често и безуспешна, што је туженом морало бити познато.

Врховни земаљски суд посебно истиче да је судски вештак уверљиво показао да је операција обављена прописно, а ожиљци на грудима и надлактицама нису необичне последице овакве операције. Код коришћења уложака за подизање груди, у 40–50% случајева, може доћи до стварања чаурастог везивног ткива различитог степена. Сем тога, и сметње сензибилитету познате су код пластичне редукције груди. О свим тим познатим и честим последицама козметичких операција тужени лекар није тужиљу обавестио како ваља. Нарочито о врсти, висини и ширини могућих ожиљака тужени је морао да тужиљу обавести беспоштедно, отворено и одлучно. Пре саглашавања са операцијом тужиља је морала знати са каквом променом свога тела треба да рачуна. Зато је, сматра суд, тужени требало да тужиљи стави на располагање и слике у боји из стручне литературе, како би она била у стању да стекне јасну представу о

могућим последицама операције. Он није смео те последице прикривати стручним медицинским изразима и причу тужиљи заклањати велом. За потпуно обавештење формулар којим се болница служи није био подесан. Да је тужени прописно испунио своју обавезу обавештавања, тужиља не би ни пристала на операцију.

Имајући у виду све ове разлоге, Врховни земаљски суд сматра да тужиљи припада право на накнаду нематеријалне штете због претрпљених физичких и душевних болова у висини од 4.000 ДМ, као што је одлучио и првостепени суд. Сем тога, тужиља има право на накнаду и материјалне штете у висини 7.400 ДМ, по основу позитивне повреде уговора од стране туженог, јер дужност обавештавања спада у споредне уговорне обавезе. Да је тужени испунио ту обавезу како ваља, тужиља не би пристала на операцију нити платила хонорар. С друге стране, Врховни земаљски суд држи да тужени нема право да од тужиље потражује исплату хонорара од 1.687 ДМ за свој накнадни лекарски рад. Тај је рад постао потребан само због његове повреде обавезе обавештавања, јер је повредом те обавезе тужиљи нанео штету. Ако је тужиља захтевала накнадну операцију ради отклањања штете, тужени је био дужан да штету отклони без права на хонорар.

5.2. Други случај[71]

5.2.1. *Чињенично стање:* Начелница одељења за пластичну хирургију обавила је козметичку операцију на пацијенткињи старој 57 година, с циљем отклањања кожних набора испод њене браде. Пацијенткиња је, међутим, сматрала да резултат операције није задовољавајући, па је стога тужила лекарку и тражила накнаду материјалне и нематеријалне штете. У тужби је навела да је операција извршена погрешно и да зато намеравано затезање коже испод браде није постигнуто. Сем тога, на глави пацијенткиње, испод ушију, појавили су се ружни ожиљци, који јој не допуштају да носи кратку фризуру какву би она желела. Најпосле, пацијенткиња је тврдила да пре операције није довољно обавештена о изгледима на успех и о ризицима, као ни о томе да операција може изазвати доцније дуготрајне тегобе у подручју врата и потиљка, које она сада осећа. Међутим, тужена лекарка брани се тврдњом да је тужиљу прописно оперисала, посаветовала је и довољно обавестила о операцији у њеним последицама.

Две судске инстанце одбиле су захтев тужиље за накнаду штете, али је она против другостепене пресуде уложила ревизију као ванредан правни лек. Савезни врховни суд Немачке стао је на стано-

[71] Пресуда Савезног врховног суда Немачке, од 6.11.1990, *Medizinrecht* 2/1991, 85 86.

виште да је ревизија основана, јер је пристанак тужиље на операцију био неважећи зато што му није претходило довољно обавештење од стране тужене. Ова његова пресуда постала је доцније узор свим немачким судовима за опсег потребног обавештења лица која се подвргавају козметичким операцијама.

5.2.2. *Из образложења пресуде Савезног врховног суда:* Оспоравана пресуда не одолева нападима ревизије. Као што и ревизија с правом приговара, апелациони суд је поставио мале захтеве потребном обавештењу тужиље о изгледима на успех и ризицима планиране козметичке операције. Према досад утврђеном чињеничном стању, рекло би се да је пристанак тужиље на операцију био непуноважан, тако да јој, због наведених штетних последица на њеном здрављу, може припасти право на накнаду штете по основу уговора и §§ 823, ст. 1 и 847 Грађанског законика.

Ревизија не приговара што је апелациони суд негирао грешку тужене у обављеној операцији. Стога је јасно да о стручној грешци не може бити говора.

Ствар стоји другачије са питањем да ли је пристанак тужиље на козметичку операцију ради затезања коже на њеној бради, дат на основу обавештења о последицама и ризицима захвата, био пуноважан.

Уколико је лекарски захват медицински мање потребан, утолико пацијента коме се такав захват препоручује или који то сам тражи, треба опсежније и упечатљивије обавестити о изгледима на успех захвата и о евентуалним штетним последицама. То важи у нарочитој мери за козметичке операције, које не служе уопште или не служе барем у првом реду лечењу телесне патње, него пре некој психичкој или естетској потреби. У таквим ситуацијама пацијент мора бити обавештен о томе која побољшања у најповољнијем случају може очекивати, и морају му се јасно предочити могући ризици. Њему треба омогућити да тачно одмери да ли жели да пристане на евентуални неуспех захвата који му тешко пада, па чак и на преостала унакажења или оштећења здравља која само као удаљене последице долазе у обзир. Није нипошто само по себи разумљиво да пацијент пристаје на лекарски захват не знајући у шта се упушта. С друге стране, нарочита одговорност лекара који спроводи козметичку операцију подразумева да пацијенту предочи околности за и против, са свим консекванцама. Зато судска пракса и поставља врло строге захтеве обавештењу пацијента пре козметичке операције.

Имајући у виду чињенице које је утврдио апелациони суд, не може се рећи да су ти захтеви задовољени.

Према ономе што су стране у спору изложиле, тужена је само недовољно обавестила тужиљу о изгледима на успех планираног затезања коже испод браде. По мишљењу вештака, проф. К., које је следио и апелациони суд, стварно задовољавајуће одстрањивање сувишних кожних набора на врату и на бради није апсолутно могуће постићи увек. Поред начињених резова на потиљку које је тужена изабрала, оно изискује и додатни рез испод браде, али је и тада резултат неизвестан. Успех код тужиље вештак је и уз то означио само као „умерен“. Ништа од свега тога тужена није рекла тужиљи. То је, међутим, било потребно да се каже особито зато што су очекивања тужиље била очигледно врло велика. Уосталом, и судски вештак, проф. К. је сматрао да је „подробна информација“ тужиљи потребна због тога што је, „с обзиром на знатан преоперативни вишак коже, постизање задовољавајућег резултата био заиста тежак подухват“.

Додуше, апелациони суд је утврдио да је тужена обавестила тужиљу о томе да ће ожиљци испод ушију остати скривени, а у подручју врата видиљиви. Међутим, то није довољно. Тужиљи је морало бити објашњено колики би био обим стварања тих ожиљака чак и кад би одређена места при ношењу одговарајуће фризуре остала скривена.

Али, пре свега, тужена није тужиљи рекла да после операције мора рачунати и са дуготрајним тегобама у подручју врата и потиљка. Тужиља је тврдила да има такве, тобож неуралгичне болове, који још увек трају. У недостатку другачијих констатација у оспораваној пресуди, треба полазити од тога да ти болови постоје. По мишљењу поменутог вештака, тегобе у подручју потиљка и образа, на које се тужиља жали, „последица су операције; настају често после таквог захвата и још више година доцније, али се, у року од шест до осамнаест месеци, по правилу, готово потпуно повлаче“. Према томе, треба у најмању руку подвући да је планирани козметички захват скопчан с ризиком трпљења знатних и дуготрајних болова. О томе је тужиљу ваљало обавестити. Учињено обавештење о постоперативним тегобама у року од око четири недеље, о коме је било речи, није зато очигледно довољно.

6. ЗАКЉУЧАК

Легитимитет естетске или козметичке операције није данас више споран. Пристанак пацијента у стању је да оправда и терапијски и нетерапијски захват у његово тело. Међутим, пристанак на терапијски захват условљен је стањем нужде, док је пристанак на естетску операцију изазван личном жељом за лепшим спољашњим

изгледом. Болестан човек је спреман да ради свог лечења прихвати и извесне неизбежне пратеће штете по здравље, ако га оне мање оптерећују него постојећа болест. Пацијент (клијент) који жели естетску операцију, по правилу, није спреман на сличну жртву, тј. да зарад лепшег изгледа пристане и на штету за своје здравље. Зато он мора имати потпуну и тачну представу о естетској операцији, њеним шансама и ризицима. то значи да лекар треба да му даде опширнија и уверљивија обавештења о тим стварима, прилагођена његовим потребама и његовом разумевању. Ограничења која важе за обавештење пацијента коме предстоји терапијска медицинска мера, не важе за пацијента од кога се очекује пристанак на естетску операцију. Сем тога, естетска операција је могућа само на основу стварног, а не и на основу претпостављеног пристанка пацијента који није у стању да саопшти своју вољу.

Слично лекару који обавља лечење болесника, ни козметички хирург не дугује гаранцију за успех, него само поступање према важећем стандарду своје струке. Јер успех не зависи искључиво од лекареве вештине и способности, него и од чинилаца из организма самог пацијента, који се не даду унапред спознати. Али лекар може, добровољно, изричито и недвосмислено, да преузме гаранцију за успех естетске операције.

Захтев за детаљнијим обавештењем пацијента пре естетске операције условљава и већу могућност да оно буде непотпуно, те да пристанак на ту медицинску меру испадне неважећи. Самим тим постоји већа могућност и за одговорност лекара у улози козметичког оператора, што се може видети из богате праксе немачких судова.

Dr. Jakov Radišić

Retired Professor
University of Kragujevac Faculty of Law

AESTHETIC SURGERY AND CIVIL LIABILITY OF THE SURGEON

Summary

The legitimacy of aesthetic or cosmetic surgery is not questioned nowadays. Patient consent may justify both therapeutic and non-therapeutic treatment. However, there is a difference between the two. Consenting to a therapeutic treatment is normally prompted by state of emergency,

i.e. by the urgent needs of a patient, while consenting to an aesthetic surgery usually stems from a personal wish to look or appear better. A person who is ill or unwell is generally prepared to consent to a certain damage or harm to health, as long as it is less taxing or demanding than the existing condition. On the other hand, and as a rule, a client who is willing to undergo aesthetic surgery is not prepared to suffer bodily injury or harm to health for the purposes of looking or appearing better. This is why it is particularly important that a person undergoing aesthetic, non-therapeutic treatment acquires complete and accurate information with respect to the prospects, chances and risks of the cosmetic surgery. Surgeon should inform this kind of patient (client) minutely and in more details, in a manner adjusted to the patient's needs and ability of understanding. The usual restrictions to the extent and manner a patient should be informed prior to therapeutic medical examination or treatment, do not apply in case of aesthetic surgery.

Similarly to physician examining or treating a patient who is ill or unwell, aesthetic or cosmetic surgeon does not warrant success of the examination or treatment he performs, but only that he will act in accordance to the standards of medical profession. Success of the treatment does not depend solely on the physician's skills and abilities, but also on other factors related to the patient's organism and bodily functions, that cannot be predicted or discovered beforehand. However, medical doctor may voluntarily, expressly and unequivocally assume warranty of success of an aesthetic operation.

Key words: *Aesthetic surgery. – Patient consent. – Surgeon liability.*

УДК 94(=163.41)(497.5)"18/19" ; 316.752(=163.41) ;
323.1(=163.41)(497.5)"18/19"

Др Радош Љушић*

СРПСТВО ДВОВЕРНИХ ДАЛМАТИНСКИХ СРБА (НА ПРИМЕРУ МАРКА МУРАТА И НИКОДИМА МИЛАША)

Аутор разматра питање верске поделе српског народа од средњег века до тридесетих година 20. столећа. Иако је ова појава распрострањена на целокупној територији на којој живе Срби, аутор се у овом раду бави само Србима у Далмацији, Дубровнику и Боки Которској. Познато је да су Срби на тим просторима били припадници римокатоличке и православне вере. Тежиште истраживања стављено је на време 19. и почетка 20. века. Основно питање којим се аутор бави јесте улога вере као интегративног и дезинтегративног фактора у формирању српске нације. Будући да је тематика сложена и да је неопходно било посветити јој више простора, аутор се ограничио на представљање овог деликатног питања на основу уверења двојице истакнутих Срба римокатоли ка Марка Мурата и првославног епископа Никодима Милаша. На крају је аутор изнео свој став о три српске заблуде у погледу односа вере и српске нације.

Кључне речи: *Српска нација. Православна, римокатоличка и исламска вера. Национални програми. Политичке странке. Српске заблуде.*

Сваки Србин који се превјери,
Просто вјеру што загрли другу,
Но му просто не било пред Богом,
Што оцрни образ пред свијетом,
Па се звати Србином не хоће.

(Његош, *Шћепан Мали*)

1. НАЦИЈА И ВЕРА

Европљани су се после крсташких ратова посебно бавили верским питањем у 16. веку, у време Реформације. У низу догађаја који

* Аутор је редовни професор Филозофског факултета Унивезитета у Београду, *rados.ljusic@open.telekom.rs*.

су обележили ову епоху важно место припада Тридестогодишњем рату (1618–1648), највећем верском рату у Европи, рату северноевропских протестаната и јужноевропских римокатолика немачке народности, уз учешће скоро свих европских држава, чија је битна последица равноправност вера: римокатоличке и свих облика протестантизма. Аугсбуршким верским миром (1555) римокатоличка и протестанска вера (све варијанте, посебно – англиканска) постале су равноправне, а уведен је принцип: „Чија је земља, његова је и вера" (*Cuius regio, illius religio*).

Током 16. и 17. века решавано је и решено питање равноправности вера у Европи, пре свега код Немаца, Чеха и осталих европских народа, изузимајући Балкан. У исто време Балканом је суверено владало моћно Османско царство, у којем је ислам био неприкосновена државна вера, уз знатну толеранцију других вера. Изузетно сложен и замршен верски проблем, који је битно утицао на обликовање скоро свих нација, лакше је појмљив ако се уочи да је већа разлика између римокатолицизма и православља, него између римокатолицизма и протестантизма. Она је још већа између хришћана (православних, римокатолика, протестаната), с једне стране, и муслимана, с друге стране. Римокатолици и протестанти у Европи били су знатно мање у контакту с исламом од православних, тако да је ова чињеница битно утицала на етничке и верске односе на Балкану. Отуда уверење да је на Балкану верска подела била сложенија и јача од оне у Европи.

У Европи су у 16. и 17. веку вођени углавном, верски ратови, док су на Балкану од 14. до краја 20. века вођени и етнички и верски ратови, који су најчешће били испреплетени. Ове разлике битне су када се сагледава улога вере у настанку нација у Европи и на Балкану. Верски фактор је играо већу улогу на Балкану и дуже је трајао него што је то био случај са Европом.

Када се у формирању нације узме у обзир верски фактор, слободни смо да предложимо следећу типологију нација: нација једне вере са избором – српска нација; нација једне вере без избора – хрватска нација; нација две вере са избором – немачка и чешка нација; нација три вере са избором – албанска нација; нација више вера са избором – америчка нација.

Упоредимо на почетку српско формирање нације с албанским и хрватским примером. И Срби и Хрвати су нације с једном вером, с тим што Хрвати нису имали избор, будући да су припадали само једној вери – римокатоличкој. Срби су, за разлику од Хрвата, имали избор, могли су да створе нацију трију вера (православне, римокатоличке и исламске), двеју (православне и римокатоличке, православне и муслиманске) или једне (православне). Могућност настанка српске нације од Срба римокатолика и Срба муслимана била је немогућа, чак никада није разматрана, као ни могућност настанка српске нације

само од Срба римокатолика или само од Срба муслимана. На сличном путу у обликовању нације, знатно после Срба, нашли су се Албанци. Албанци су створили нацију трију вера – муслиманске, римокатоличке и православне. Римокатолици живе на северу албанског етничког простора који је ближи Риму, муслимани настањују средишњи део, а православни јужни део, ближи Цариграду. Није познато колико су им Срби служили као пример. Српски национални интегративни процес разликовао се од хрватског и албанског по могућности избора и по верској толеранцији ова три етницитета, при чему су Срби, први суседи оба поменута народа, етнички веома измешан народ.

Подела српског народа на три вере оставила је најдубљи могући расцеп у српском народносном (националном) бићу, с несагледивим последицама. Екмечић сматра да се југословенски национални покрети не могу упоређивати с европским пошто јужнословенски народи нису израсли у један народ. Томе се супроставила црква: „Религија је остала вододелница нације, а то је основно правило". Међу карактеристикама национализма типа „судњега дана", навео је верску нетолеранцију као подлогу политичког и војног окупљања.[1]

2. СРПСКО СРЕДЊОВЕКОВНО ТРОВЕРЈЕ И СТАПАЊЕ СРПСТВА С ПРАВОСЛАВЉЕМ

Верско јединство Срба није постојало ни у средњем веку. У историографији није довољно проучено време пре христијанизације извршене у 9. веку. Верско питање се знатно искомпликовало после 1054. године, а још више продором Турака и нестанком српских средњовековних држава. Не упуштајући се у ово питање подробније, истичемо само верску поделу Срба на три дела, устаљену већ у 13. веку. Благојевић о томе пише: „српски народ је већ почетком 13. века био подељен између три цркве: православне, католичке и 'Цркве босанске'. Оваква подела онемогућила је националну хомогенизацију у средњем веку, а то је опет погодовало политичком партикуларизму".[2] Он се није посебно бавио питањем односа вере и нације, иако у књизи постоји поглавље „Стабилизовање династије и српске нације" (посвећено искључиво 13. веку). Неки аутори представљају богумиле („Црква босанска") као српске протестанте.[3]

Неспорна је чињеница да су Срби још од средњег века подељени на припаднике трију вера, при чему су две конфесије остале

[1] Милорад Екмечић, *Стварање Југославије 1790 1918,* Просвета, Београд 1989, 15. Ову идеју Екмечић често понавља у својим делима.

[2] *Српска државност у средњем веку,* СКЗ, Београд, 2001, 130.

[3] Лујо Бакотић, *Срби у Далмацији од пада Млетачке републике до уједињења,* Геца Кон, Београд 1938, 187.

непромењене – православна и римокатоличка. Од ових двеју вера, данас практично више нема Срба римокатолика, а ако се понеко тако осећа или исказује, на било који начин, то су само појединачни случајеви. Остали су само Срби православни и они данас чине српску нацију, шта год под њом разумевали. Што се тиче богумила, српских протестаната, они су највећим делом прихватили ислам, те ни њих одавно нема. Стога они у обликовању српске нације нису имали непосредну улогу, али јесу посредну, која се продужила деловањем потурчењака (међу којима су били и православни, у већем броју, као и римокатолици, у мањем броју). У односу на средњи век, у новом веку муслимани су заузели место богумила. Међутим, разлика међу њима није безначајна. Она се манифествовала у томе што су богумили толерисани у средњовековној босанској држави, док је иза муслимана стајало моћно Османско царство. Српско средњовековно троверје није у повести српског народа оставило последице какве је оставило нововековно, те је и ова чињеница битно утицала на обликовање српске нације.

С турском превлашћу Српство се постепено поистовећивало с Православљем, те су етнички и верски чинилац постали јединствен стуб српске нације. До овог споја дошло је одмах после пада српских земаља под Турке,[4] да би се у дуговековном ропству сасвим учврстило. „Није српство постало из православља, али му је ово дало оквир, подршку, заштиту и брус. Мада настали потпуно независно један од другог, српство и православље су се после тако углавили једно у друго, тако привезали и укопчали да се више нису могли одвајати: нити је код нас могао бити Србин а да није православан, нити православац а да није Србин... Чак је прост свет често идентификовао те појмове: веру је називао српском, народност православном“, писао је Лазо Костић.[5]

Када се повела полемика између „Српског листа“ и „Нашег доба“, Михаило Полит Десанчић је писао Лазару Томановићу 1887: „Хоћете ли ви да се тучете са Хрватима? Или хоћете оне Србе като-

---

[4] Јован Цвијић је изричит: „Јасно се види да су се *православље и српска народност*, чије је међусобно прожимање почело још од светога Саве, потпуно стопили крајем XV века“, *Балканско полуострво и јужнословенске земље*, Завод за уџбенике, Београд 1987, 263, а на другом месту: „Напослетку *снажно и умногоме еруптивно јачање и ширење високе националне свести* код Срба, и све потпуније *стапање православне вере с народношћу*“ *Балканско полуострво,* Завод за уџбенике, Београд 1987, 302 (подв. Ј.Ц.).

[5] „Католички Срби“, *Српска национална традиција,* ЗИПС, Српска ради калнa странка, Београд 2000, 219. Пре Лазе Костића о овоме је писао и Светозар Прибићевић: „Али је идентификовање православне вере са српском народношћу ускоро постало тако, да је свака српска делатност међу католицима била немогућа, тако да је име Србин било ограничено само на православне“, *Диктатура краља Александра,* Београд 1958, 6.

лике, који неће да су Срби, да присилите да су Срби?... Ви се тужите на Хрвате у обзиру Босне и Херцеговине, а што да кажу Хрвати о Србима у Хрватској и Славонији, те у бившој Крајини, који се брати- ме с Мађарима и подупиру Тису и Хедерварија? Ми се нијесмо бори- ли против Хрвата него против владине већине у сабору; противу оне бечке отрови којом је Беч преко Бана Јелачића и Патријарха Рајачића у Подунављу растровао наш народ неистином, да су Срби само они који су православни; а Хрвати да су сви они који нису православ- ни". Десанчић је подвлачио да су он и Ловро Павловић утицали да „Српски лист", попут „Српског далматинског магазина", буде орган Срба „без разлике вјероисповједи". Иако развој српског римокато- личанства од средњег века до 19. столећа није истражен, слободно се може рећи да је српско национално питање добило особит вид васкрсавањем Срба римокатолика.[6]

3. ДРЖАВА, НАЦИОНАЛНИ ПРОГРАМИ, НАЦИЈА

Постоје бројне дефиниције нације и веома богата литерату- ра о овом важном питању у повести сваког народа. Овде помени- мо две дефиниције истог значења, будући да су могле да утичу на обликовање српске нације и да су добар пример за разматрање ове теме. Жан Жак Русо је међу првим дао сажету дефиницију: „Нација, једна и недељива". Угледајући са на њега, Јохан Каспар Блунчли је заговарао исту идеју: „Свака нација – једна држава. Свака држава – једно национално биће". Најбољи пример на Балкану овог и оваквог поимања нације јесте Бугарска, која је чак Уставом (1991) нашла за сходно да изједначи државни суверенитет, територијални интегритет и *јединство нације*.

Држава је битан фактор у обликовању нације према Блунчлијевој дефиницији и схватању Русоа, за разлику од других мишљења која су вери давала првенство. Када је реч о српској нацији, ова два фак- тора, уз језик и етничко порекло су доминантни.

Српски национални програми утицали су, мање или више, на формирање српске државе, посредно и нације. Доскоро се веровало да су Срби имали само један национални програм – „Начертаније" Илије Гарашанина (1844). Историографији је познато још неко- лико сличних планова: „Српске сједињене државе" Константина Николајевића (1848), па све до „Нишке декларације" владе Краљевине Србије (1914).[7]

---

[6] „На сваки начин појава Срба католика од врло великог је замашаја", Л. Томановић, *Из писама умрлих и заслужних Срба,* 35 36.

[7] Опширније Радош Љушић, „Српска, великосрпска и југословенска држав на политика Србије (1804 1918)", *Велика Србија. Истине, заблуде, злоупотребе,*

Од свих српских државника 19. и 20. века Илија Гарашанин је био највише обузет идејом српске државности – његова највећа опсесија била је *држава*. У једном његовом рукопису, који није сачуван у целини, налазимо неколико карактеристичних погледа о држави. Рукопис је настао после „Начертанија“, средином 19. века. Из рукописа сазнајемо да су српском државнику била позната дела Монтескијеа – *L' Esprit de lois* и Русоов *Contract social*. Претпостављамо да је под утицајем ових француских мислилаца дошао до свог суда о држави (можда га је и преузео од њих): „Држава је природно-нуждно условије историчног бића народа, ван државе човек нема живота нити историје; због тога свако човеческо дејствовање почиње тек с државом“. Срж његовог програма је будућа српска држава, уједињена на начелу народности (националности). Дакле, у првом плану је етничко порекло Срба, српски етницитет, вера и конфесионална подељеност нашли су се на маргини његових разматрања. Чак би се могло рећи да су и супростављени. Гарашанин пише у „Начертанију“: „Треба на то ићи да се два народа, источно православни и римокатолички међу собом о својој народној политики разумеду и сложе, јер само тако може се са добрим успјехом ова политика следовати“. У следећој реченици није довољно јасан шта подразумева под „двема частима народа ондашњих“, да ли је мислио на Србе православне и Србе римокатолике, или на Србе и Хрвате. У сваком случају, он разликује два народа, а то могу бити: српски – римокатолици и православни, и српски и хрватски. Код Гарашанина верски фактор постао је претежнији над државним у обликовању нације („два народа, источно православни и римокатолички“), што је у оно време, код Срба, била уобичајена појава.

У будућој српској држави „једна од главних основа назначава се: начело пуне вјерозаконске слободе. Ово начело мораће свима христијанима, а ко зна да по времену и неким мухамеданцима? допасти се мора и задовољиће их“. Гарашанин се заложио за верске слободе трију вероисповести, с тим што је православну и римокатоличку подвео под једну – хришћанску, чиме је подвукао да је правио велику разлику између муслимана и двеју хришћанских вероисповести. У овом цитату збуњује синтагма – „неким мухамеданцима“, из које се не може извести закључак да ли је реч о муслиманима турског или српског етничког порекла. За Гарашанина је Бошњак Србин и он подрзумева под српским јединством народно јединство Срба и Бошњака, који припадају трима верама: 1) „мухамеданској

САНУ, Београд 2003, 287 314; исти, *Књига о Начертанију*, БИГЗ, Београд 1993. У литератури и у уџбеницима историје за основне и средње школе помиње се само „Начертаније“ и „Нишка декларација“. У нашем уџбенику *Историја* за седми и осми разред основне школе, као национални програми, унети су „Начертаније“ и „Српске сједињене државе“.

вери прешавши“, 2) „источног вјероисповеданија“ и 3) „католички Бошњаци“.

Ови наводи упућују на закључак да су за Гарашанина постојали Срби трију вера – православне, римокатоличке и исламске. У будућој српској држави они би били *народносно/национално, тј. етнички јединствени и у верском погледу равноправни.* У будућој држави уједињеног српског народа, предност је дао етницитету над конфесијом. Српски државник није се посебно бавио тиме да ли ова два проблема, етнички и конфесионални (при чему је други проблематичнији), могу правити потешкоће око уједињења и после уједињења. Држава је тако заузела треће место у формирању нације.

Не разликује се битно ни Николајевићев план о „Српским сједињеним државама“ од Гарашаниновог „Начертанија“, који нуди мухамеданцима иста верска и грађанска права као и православним. Николајевић не спомиње Србе римокатолике, будући да се проширење српске државе, о којем је правио начертаније, односило само на Османско царство.[8]

Мада су многи историци обратили пажњу на текст Вука Караџића „Срби сви и свуда“, нико није имао смелости да га посматра као национални програм. Он је, међутим, несумњиво национални програм иако није настао с тим циљем, написан 1836, а објављен 1849. године. Спис је значајан за ову тему зато што је Караџић међу првим уочио и истакао поделу српског народа на три вере („закона“) и указао на проблеме које ова верска подела намеће у обликовању српске нације, као и на могућности и немогућности заједничког живљења Срба трију вера. Као Вук Караџић, тако је и Тома Ковачевић, римокатолички свештеник, писао да у Турској живе Срби трију вера.[9]

У време настанка поменутих националних планова, када су многе личности сложно радиле са чувеним српским државником Илијом Гарашанином, Срби православни и Срби римокатолици (Матија Бан, Тома Ковачевић), чак и Хрвати (Стеван Хркаловић, Јосип Јелачић), сачувана је од заборава једна од вреднијих заједничких радњи на националном уједињењу јужнословенских народа. Демократско-панславистички клуб радио је на присаједињењу Далмације Хрватској, а затим и на уједињењу Хрватске са Србијом. Матија Бан и Стеван Хркаловић веровали су да је то „југословенска ствар“. Ову идеју подржао је и Сабор у Сремским Карловцима (Мајска скуп-

[8] Р. Љушић, *Књига о Начертанију*, 109,160, 161, 163, 171/2.

[9] Вук Стеф. Караџић, „Срби сви и свуда“, *Етнографски списи,* Сабрана дела XVII, Просвета, Београд 1972, 31 48. У наш уџбеник *Историја* за трећи разред гиманзије општег и друштвено језичког смера представили смо Вуков спис „Срби сви и свуда“ као један од три национална програма из прве половине 19. века.

штина) који је прокламовао „политички савез“ Српске Војводине и Троједне краљевине. Одлуку Срба из Угарске прихватио је Хрватски сабор, а бан Јосип Јелачић је о српско-хрватском јединству писао влади у Београду 8/20. маја 1848: „Србљи и Хрвати јесу један народ и једна братја од прастарих временах, о томе нема овуда никакве сумње, а наша ће јединствена заслуга у овом природном од почетка свиета богом утврђеном братинству бити ако, одбацивши стари јарам незнанства и глупости, првобитно јединство и слогу у самом диелу и политичком смислу међу једнородну братју уведемо, ако један другог будемо у свакој невољи бранили и потпомагали“. Обећао је да ће српски и хрватски народ, чиме је несвесно противуречио да су један народ, бранити до последње капи крви. Апеловао је на јединство, јер је у њему видео снагу Срба и Хрвата. „А жеље њихове да банови хрватски буду бирани наизменце из западне и источне виере, а тако исто и војводе српског народа да се један пут из једног, а други пут из другог виероисповеданија узимају, најпосле и министри да буду једнаким диелом Хрвати и Србљи, јесу праведне и ми се овдие при постављењу званичниках по таковом основу, кои свим жељама одговара, већ и владамо. Министри бити ћеду сигурно половином Хрвати, а половином Србљи“.[10]

Када су Срби на Јадранском приморју пошли „новим путем“, обнављајући и заговарајући Вукову идеју о Српству трију вера, нису наишли на пожељан пријем, али их је спасавало „Начело Народности, које искључује вјероисповиједи“, писао је један од поборника ове идеје, Лазар Томановић.[11]

4. СРПСКО ТРОВЕРЈЕ У ПРОГРАМИМА ПОЛИТИЧКИХ СТРАНАКА

Ни програми српских политичких странака, као ни национални програми, нису се посебно бавили троверјем српског народа и начином решења овог проблема.

Мајска скупштина (1848), чији ће закључци служити будућим страначким програмима на просторима Јужне Угарске, помиње српски „раскомадан народ“, али при томе се не мисли на територијалну већ на верску расцепканост. Благовештенски сабор (1861) помиње само „Србе православно-источне вере“, светог Саву као патрона, а језик и писмо као битне одреднице народа. Српске странке у Хабзбуршкој монархији, углавном, захтевају признање српског имена, равноправност ћирилице и латинице, равноправност римокатоличке и право-

[10] *Грађа за историју српског покрета у Војводини, 1848 1849,* Београд 1952, 258, 306, 349 (средио Радослав Перовић).

[11] „Из писама умрлих и заслужних Срба“, *Нови живот* XXVI, 7/1926, 203.

славне вере. Тако Великобечкеречки програм (1869) преузима мисао о „раскомаданом народу српском“ и залаже се за слободу вероисповести и равноправност. Српство трију вера у програму Српске народне слободоумне странке не постоји.

Само једна српска странка у Хабзбуршкој монархији, и то са простора Даламције, одступила је од оваквог поимања вере и нације. *Програм Српске странке на Приморју* (1880) више пажње поклања верској подели српског народа. Борећи се за слободу савести Срби у Далмацији усвојили су начело „изгладити вјерске опрјеке и мржње, које су по Словене убитачне биле, а особито по нас Србе, кидајући нам народност на вјерске странке“. Будући да су *Српски лист*, орган странке, покренули Срби православни, нису заборавили да узму у „одбрану киту Срба католика, у којима ћемо сигурно наћи пријатеља и од вјере и од узданице“. С обзиром на то да становнике у Босни и Херцеговини ословљава са „једнокрвна браћа“, јасно је да ова странка заступа интересе Српства без обзира на њихову припадност, иако то изреком не каже. Лазар Томановић, један од учесника на скупштини акционара при оснивању страначког гласила, *Српског листа*, каже да је то „орган Срба без разлике вјере (1879)“.[12]

Српски глас је 22. августа 1890. године прештампао Караџићев текст „Срби сви и свуда“, чиме је потврдио своје уверење о националном јединству српског народа, иако верски раздељеном на три вере. Два месеца касније у коментару Вуковог чланка, *Српски глас* је писао: „свуда један народ, један језик и обичај – *Срби сви и свуда*“!

И ревидирани *Програм Српске напредне странке на Приморју* (1903) задржава ово опредељење: „Српску народну странку, која признаје Српство трију вјера, руководе у њезину раду народносна и вјерска спољашњост и правичност“.[13] Смисао делатности овог гласила био би да се народност не сме идентификовати са вероисповешћу.

Странке у Србији и Црној Гори овим питањем нису се бавиле, али јесте српска организација у Босни и Херцеговини. У *Програму рада народа у Босни и Херцеговини* (1904) стоји: „Да све *вјере и вјероисповести* буду једнаке и слободне, равноправне у сваком погледу – и да се уклони досадашње протежирање и *прекомерно и ванредно потпомагање римске вјере и римског становништва*, да се строго

[12] „Наш је програм био, да пишемо о народним стварима без обзира на вјероисповиједи српског народа уопште по програму ‘Српског листа’“; затим да раде „да Србе без разлике вјероисповједи здружимо“, Л. Томановић, „Из писама умрлих и заслужних Срба“, *Нови живот*, XXVI 6, 9, 1926, 167, 194, 263; Василије Крестић, Радош Љушић, „Програми и статути српских политичких странака“, *Књижевне новине*, Београд 1991, 97; Софија Божић, *Политичка мисао Срба у Далмацији,* ИНИС, Београд 2001, 48.

[13] В. Крестић, Р. Љушић, *Програми,* 257; С. Божић, *Политичка мисао,* 53, 58, 95.

казне сви преступи агената римске пропаганде, изигравање прописа о пријелазу из једне вјере у другу, *насилног поримокатоличавања*, и сва вређања и отештавања других вјера, *да се уклоне из јавне службе сви дошљаци римски пропагатора*, а нарочито да се уклоне из земље домородци (*sic*!, ако се не мисли на римокатолике), јер исти непрекидно стварају вјерске немире и трзавице" (курзив Р. Љ.). У *Програму* се истиче да свака вероисповест требало би да има верско-просветну самоуправу, да се оне могу повезивати са својим матицама изван Босне и Херцеговине, да држава сразмерно потпомаже све вере, посебно верски подмладак и да се престане са фаворизовањем и прекомерним помагањем римокатоличког подмлатка. Коначно, Српска народна странка у Босни и Херцеговини (1907) залаже се за слободу вере и верску аутономију свих вероисповести.

У програмима политичких странака верском питању, с изузетком Српске странке на Приморју и Српске организације у Босни и Херцеговини, није поклоњена неопходна пажња, рекло би се да је оно скоро занемарено. Чак ни „Устав" и резолуције Српске народне организације у Отоманској царевини не поклањају овоme никакву пажњу, будући да је читав рад посвећен Србима православним, док се Срби муслимани и не помињу.[14]

5. ДВОВЕРНИ ДАЛАМАТИНСКИ СРБИ О ТРОВЕРЈУ СРПСТВА

Од пада Млетачке републике Даламција је била под аустријском управом (1797–1805, 1813–1918), а у међувремену под француском (1805–1813). Овде се посебно сагледавају Срби који су живели у Даламцији и Јадранском приобаљу – Дубровачкој републици и Боки Которској.[15] Званично је то била, од 1817. године, Краљевина Даламција у оквирима Хабзбуршке монархије. Од 1867. године, од реорганизације државе, припадала је аустријском делу Аустро-Угарске монархије. Седиште провницијa Даламције било је у Задру, службени језик био је италијански, имала је свог губернатора и земљаску владу (од 1850. Намесништво са намесником), а од 1861. свој покрајински Сабор.

Највише Срба римокатолика било је на јужном Јадрану, од Дубровника до Улциња. Према званичним пописима Даламација је

[14] В. Крестић, Р. Љушић, *Програми*, 292, 382, 423 и даље.

[15] Средњовековна хрватска држава простирала се на територији Даламције од Нина до Книна, али се њено име проширило до Клека под Млецима. „За наше доба Даламација се простирала до Клека, тако је између ње и Боке био простор дубровачке Републике до Суторине", пише Л. Томановић, „Из писама умрлих заслужних Срба", *Нови живот* XXVI, 12/1926, 355.

имала 1900. године 593.000 становника, од тог броја православних 96.000. Срби римокатлици нису издвојени овим пописом. Бакотић наводи цифру од око 120.000 Срба, од којих је римокатолика било између 20.000 и 25.000.[16] Око 1870. године било је 82% римокатолика, 17% православних и 1% осталих. Само је у Боки Которској и на Црногорском приморју било више православних од римокатолика. У северној Далмацији живело је највише православног становништва, око 70%.[17]

Православну црквену организацију тек су Французи уредили, тако да је Даламација од 1808. имала једног православног епикопа – Венедикта Краљевића. Епископска столица и богословија били су у Шибенику, а од 1838 (односно 1841) у Задру. Епископија у Боки основана је 1870. године са седиштем у Котору.[18]

Прву половину 19. века обележио је покушај процеса унијаћења посредством епископа Краљевића. Унијаћење је захватило понајвише места Дрниш, Врљику, Кричку и Баљак. Године 1832. било је 46 унијата, 1833 – 152, али ови подаци су непотпуни. Унијатске парохије биле су у Кричкама и Баљаку. Временом се број унијата повећао: 1846. у Даламацији је било 878 унијата: општина дрнишка – 694, врличка – 148, книнска – 33, макарска – 2 и задарска – 1. Унијата је било свега 1,1% од укупног проја православних Срба – 79.770. Године 1901. било је унијата у само три парохије: кричкој – 36, баљачкој – 7, врличкој – 29, укупно 72 унијата, што указује да се број унијата знатно смањио, чак за 806. Дакле, процес унијаћења у Далмацији није имао значајан успех и он је заустављен, напором православних Срба и Српске православне цркве. У процесу однарођавања Срба, унијаћење је било скоро безначајно од осталих видова римокатоличења, које је временом Далматинске Србе увело у корпус хрватске нације.

Национална свест Даламатинаца била је у повоју до Револуције 1848/9. године. Њу је одржавала само српска црква и ретке културне институције, попут *Српског даламатинског магазина* (1836–1873). Уредник Божидар Петрановић је истицао српско порекло Даламатинаца („планинштаци су сви порекла славено-србског“), али вер-

[16] Л. Бакотић, *Срби у Далмацији,* 5; С. Божић, *Политичка мкисао Срба у Далмацији,* 30 31.

[17] Раде Петровић, *Национално питање у Даламацију у XIX стољећу,* Свјетлост, Просвјета, Сарајево 1982, 18, 46, 194, 248.

[18] Римокатоличка црквена организација у Даламцији и на Јадранском приморју била је знатно разгранатија: надбискупије у Задру и Бару, бискупије у Ши бенику, Сплиту, Хвару, Дубровнику и Котору. Још је неповољнији однос православ ног и римокатоличког свештенства 11% према 89%, док је конфесионални однос становништва био повољнији 17% према 82%, Р. Петровић, *Национално питање у Даламцији,* 44 46.

ски подељени на православне и римокатолике. Он је у језику видео обједињујућу српску снагу: „Ако је различити верозакон толико дуго времена источне и западне цркве Далматина растављао, једнога од другога отуђивао, њих унапредак треба један сасвим обћени језик да међусобно веже“.[19] Неуморни будилац Српства није прихватио Вукову језичку реформу, али је био свестан разорне моћи верске поделе српског народа.

Његов наследник Ђорђе Николајевић писао је о различитим називима за расејани српски народ и његово национално нејединство: Раци, Илири, Сервијани, Кршћани, Морлаци, Власи. Томе је додао: „Немојмо мислити да је што друго Црногорац а друго Србијанац, да је што друго Херцеговац а друго Далматинац, да је што друго Бокељ а друго Сремац, да је што друго Бошњак а друго Банаћанин и Бачванин. Не, Браћо, немојмо тако мислити. Ми (смо) сви рођена браћа. Ми смо сви овејани чисти Срби. Ми сви једним Србским језиком говоримо. Ми смо сви потомци силнога Цара Душана“.[20] *Српско даламатински магазин* се борио против унијаћења, био веран православљу и сматрао Србима и припаднике других двеју вера, особито римокатолике.

Дуго је слови/е/нство била једина национална свест у Далмацији. Разлика је постојала само у погледу вере – конфесионална, на римокатолике и паравославне. У модерном поимању националне свести, све до средине 19. века, српска и хрватска свест била је неразвијена. Хрвати и Срби су у време постојања Народне странке наступали јединствено. Срби су народњачке идеје шездесетих и седамдесетих година 19. столећа више и искреније прихватали од Хрвата. Њих је понајвише делила идеја о сједињењу Даламције са Хрватском и Славонијом.[21] Српско-хрватско јединство обновиће се тек у време политике „Новог курса“, с почетка 20. столећа.

***

Покрет који је оживео римокатоличко Српство у Дубровнику и на просторима Дубровачке републике, као и у Боки Которској, био

[19] Бранка Прпа Јовановић, *Србско далматински магазин 1836 1848,* Сплит 1988, 55.

[20] Б. Прпа, *Србско далматински магазин,* 79.

[21] Постојала је и неразвијена идеја о сједињењу Даламције са Босном и Хер цеговином. Никола Томазео је 1848. године писао: „Кад би се Даламација сјединила с Хрватском, добило би се мало, али кад с Даламацијом буду једно Босна и Хер цеговина, тада ће се моћи наша провинција одијелити од Италије, и можда цијела говорити једним језиком“, Р. Петровић, *Национално питање у Даламацији,* 66, 92.

је спонтан. Павле Поповић је међу првим запазио ову појаву: „Док се у северној Далмацији и Боки покрет традиционално везивао за веру, и Српство за православље, дотле се у Дубровнику покрет јавио чист, еманципован од других обзира, готово упркос тим обзирима. Ту се први пут католици огласише Србима. Ту се створи католичко Српство". У Дубровнику и његовом ближем залеђу, посебно Конавлима, није било православних Срба, као у северној Далмацији и Боки Которској, те је покрет имао извесне посебности. Бројни листови, часописи, календари, штампарије, чак и „Матица српска", учинили су Дубровник важним културним центром Српства. „Не сме се заборавити, да је Дубровник већ годинама жариште великосрпског покрета, који је нарочито захватио градску интелигенцију", пише аустријски писац Херман Бар у књизи *Далматинско путовање*, Берлин 1909. Међу Србима римокатолицима било је и свештеника, попут каноника Ивана Стојановића, Јакова Групковића и Андрије Мурата. За дум Ивана је Павле Поповић написао да је био Вуков следбеник и да је сваким даном бивао све већим Србином, а Лазо Костић да је „персонификација српства католичке вере", назван још и „челик--карактер" услед „свог отвореног и неустрашивог србовања", којем су се дивили Антун Фабрис и Милан Решетар. Лујо Бакотић за све њих каже да им, уз сву оданост Српству, „никад није падало на памет да се одрекну католичке цркве." Иван Стојановић, нестор дубровачких Срба, изрекао је мисао у листу „Дубровник", битну за разумевање проблема којим се овде бавимо: „Србин си по роду и по обичајима; у српству ти је једини спас; вјера ти ни најмање не пријечи да будеш Србин".[22]

Срби римокатолици били су свесни верске осетљивости и трудили су се да учине што могу да избегну верске свађе и сукобе, о чему пише Никола Гради у програму *Дубровачког гласа* (1885): „Главно ће нам правило бити да *избегавамо вјерске зађевице*. Нама је сваки Србин једнак и мио, *ма које вјере био*... Признајемо да је свакому своја вјера света и мила, а да она у поганој руци *раздваја браћу истога имена, исте крви и истога поријекла*", курзив Р. Љ).[23] Они

[22] Павле Поповић, „Дум Иван Стојановић", *Дубровачке студине*, СДПП IV, Завод за уџбенике, Београд 2000, 428 429; К. Милутиновић, *О покрету Срба католика*, 39 40; Л. Бакотић, *Срби у Далмацији,* 183, 189. Лазо Костић се још као дете дивио римокатоличким Србима, називајући их апостолима и трибунима Српства. „Сваки ми је изгледао бескрајно велик, недостижив. И срећан сам што ми се на крају живота пружила прилика да им се у име Српства мало одужим: да их споменем, да их отргнем од заборава, да им изразим постхумну захвалност", Л. Костић, *Католички Срби*, 216, 221, 236 239, 243, 254. Наводимо још одељак из писма Групковића Томановићу из 1899: „Сила је Српству све отела: остао је једино глас честитости и јединства, па сад лукавство Бечко, по својим заточницима, по којима је од Хрватства далматинског ругло учинила...", Л. Томановић, *Из писама умрлих и заслужних Срба,* 354 5.

[23] К. Милутиновић, *О покрету Срба католика,* 61.

покрећу *Дубровник*, „календар католички, православни, мухамедански и јеврејски", с циљем да служи „цјелокупноме српскоме народу без разлике вјере и земље", а штампан је латиницом да би продро и код Срба римокатолика (1897).

Седам година пошто је престао да излази *Српско даламатински магазин* у Дубровнику, Срби северне Даламције покренули у Задру *Српски лист* (1880, од 1888. *Српски глас*), гласило Срба без разлике вероисповести. Вуково опредељење о Србима трију вера, односно да се народност (нација) не сме идентификовати са вероисповешћу, био је и остао основни мотив гласила. Сваки покушај, па и Друштва светог Саве из Београда, да се поистовети Српство са Православљем, наилазио је на оштру осуду листа. Гласило далматинских Срба замерило је Друштву светог Саве што је у свом програму заступало интересе Срба једне, а не све три вере. Зато и не чуди што су његови уредници посматрали хрватско-српски сукоб у Даламцији, Хрватској и Славонији као сукоб римокатоличанства и православља. Појава двоименог народа (Срба и Хрвата) потиче отуда што се добар део православних Срба покатоличио и насилно примио име хрватско. „Хрватство је у нас новост, што су нам попови унијели, док је наше Српство од вјекова", писао је *Српски лист* 1887. године. Ово гласило упорно се држало становишта да су Хрвати у Даламцији пореклом покатоличени Срби, а не посебан народ, и понајвише стога задржао је став да је „лудорија у пуном 19. вијеку дијелити народе по вјери", јер би таква подела, у то време, већ означавала раздеобу на националној основи.

Било би погрешно када бисмо *Српски лист/глас* окарактерисали као искључивог заступника идеје о српству трију вера. Његови уредници и сарадници били су свесни римокатоличког утицаја, снаге римског клерикализма, унијаћења, те су у *православљу* видели „одбрамбени механизам којим се његов народ штити од агресије Рима".[24]

И Српска странка и њено гласило били су за аутономију Даламције и њено задржавање у оквирима аустријског дела монархије, а против сједињења с Хрватском и Славонијом. Они су увидели да би у оквирима аутономне Даламције лакше очували свој национални идентитет, док би их уједињење са Хрватском и Славонијом увукло у борбу с Хрватима и њиховом идеологијом о „политичком народу". Срби у Даламцији били су за јединство Хрватске и Славоније, без уједињавања са Даламациојом.

Смрћу Саве Бјелановића (1897) Српска странка на Приморју поделила се на две струје: 1) на круг око Бјелановића који је наставио да негује идеју „Српство трију вјера" и 2) на присталице Ни-

[24] Опширније С. Божић, *Политичка мисао,* 59 63, 67, 77.

кодима Милаша, који су се залагали да странка добије „искључиви православно-клерикални печат". Полемика *Српског гласа* и *Дубровника* Антуна Фабриса потврђивала је ову слику о подели странке на два табора. *Дубровник* је остао до краја на линији Саве Бјелановића о Србима без разлике вере. До разлаза је коначно дошло 1900. године.

„По свему судећи, то је био сукоб (у странци) између далматинског православног севера и римокатоличког југа, а манифестовао се кроз однос према Хрватима. Срби римокатоличке вере показали су се, морамо закључити, политички веома далековидим: знајући да се хрватска мисао увек лако укорењивала тамо где је западна црква имала своје поклонике, нису дозвољавали да се то, по ко зна који пут, понови...". За неколико деценија Словинство је нестало и „Дубровник је, први пут у својој историји, постао хрватски град. За остварење добро замишљене идеје о 'српству трију вера' није било времена", пише Софија Божић.[25]

6. МАРКО МУРАТ И НИКОДИМ МИЛАШ О СРПСТВУ

Историографија се није озбиљније бавила Србима римокатолицима, иако је из њихових редова потекао велики број прворазредних интелектуалаца. Они су остали по страни, чак и иза Срба исламске вероисповести.[26]

Срби римокатолици били су у одбрани Српства чак радикалнији од православних, али то није био чест случај. Наводимо један такав

[25] Софија Божић, „Српска народна странка у Краљевини Далмацији", *Зборник о Србима у Хрватској* 4/1999, 108, 114; Ранка Гашић, *Нови курс Срба у Хрватској (Србобран 1903 1914),* Просвјета, Загреб 2001, 178.

[26] Указујемо само на неке радове посвећене овој теми: Лазо М. Костић, „Ка толички Срби. Политичко историјска расправа", *Српска национална традиција, Са брана дела VI,* Београд 2000, 213 294; Никола Жутић, *Срби римокатолици закозвани Хрвати. „Срби сви и свуда" „Хрватске земље" без Хрвата,* Српска радикалана странка, Београд 2006; Светозар Борак, *Срби католици,* СД „др. Јован Рашковић", Нови Сад 1998 и навођени радови у напоменама овог текста. Неке запажене књиге, нпр. Р. Петровића, *Национално питање у Далмацији* и не помиње Србе римокатолике, осим узгредно у две реченице. Коста Милутиновић писао је о овом питању два пута, из два различита угла. У књизи *Војводина и Даламција 1760 1914,* Институт за изучавање историје Војводине, Нови Сад 1973, посматрао је ово питање с позиција марксистичке историографије, негативно настројен према православној и римокатоличкој црки (клерикализму, користећи за прве и израз „великосрпска искључивост", с. 156). Када је помињао имена Срба римокатолика није наводио њихово верско и етничко опредељење, као да су те чињенице непознате, небитне и забрањене (нпр. Антун Фабрис, с. 354). Кад су се политичке прилике у Југославији промениле, Милутиновић је изменио мишљење, па је у раду *О покрету Срба католика у Даламацији* дао изузетно драгоцен преглед овог проблема, користећи овај појам и у наслову. А оба рада написана су на основу истих извора и исте литературе.

пример, пре осврта на погледе Мурата и Милаша на двоверне Србе Даламтинце. Др Ловро Павловић-Лучић, Србин римокатолик, није признавао Хрвате као народ, те је у *Српском гласу* коментарисао Вуков програм: „Како ће читатељи ласно схватити, суштина је Вукова чланка у томе, да наш народ нема, нити може да има, већ само једно народно име, тј. име српско; да осим овога нема другог народног имена, и да су остала, као Даламатинци, Хрвати, Славонци, Дубровчани, Босанци, Црногорци, итд. напросто имена појединих мјеста у којима живе српски народ, или имена појединих нарјечја српског језика. По томе они Даламтици, Хрвати, Славонци, Дубровчани, Босанци, итд., *који неће да су Срби*, немају никаквог народног имена, него се називљу по имену мјеста у којем станују, или нарјечја којим говоре: а кад би се *укоријенила ова крупна погријешка у означавању народног имена, када би се српскому народу и српскому језику наметнуло више имена, тј. имена политичких индивидуалноси*, мјеста, или нарјечја, *тада би се народност раздробила, мјесто једне природне, постало би више извјештачених народности, као даламатинска, хрватска, дубровачка, босанска* итд., које би се по програму туђиле једана од друге истичући међусобне историчне, политичне и културне разлике, и тако би се народ расуо, ослабио би своју природну крјепост, *изгубио би способност да се уздржи и да се развије као остали народи, те би га нестало*" (курзив Р. Љ). Кад је реч о националном имену, он се надовезивао на Ђорђа Николајевића, али је био нешто јаснији и категоричнији. И док се у понеким текстовима *Српски лист* двоумио да ли је реч о једном народу са два имена или више имена, Ловро Павловић је био начисто: „Сви смо ми један народ: Далматинци као и Ерцеговци, Хрвати као и Бошњаци, сви смо ми Срби". И, на послетку, донео је недвослмислен закључак: „Ако нећемо да смо Срби, онда немамо никаквога народног имена".

Иначе, Павловић је био велики противник клерикализма, и православног и римокатоличког. „Православном Српству супротстављати Католичко Хрватство – у томе је лежала сва снага поповска – и то је оборено на велику корист народног јединства, и на утјеху католичких либерала, који ће јамачно у Српству наћи природну заштиту против клерикалне море." Римокатолички Срби, уверава нас Павловић, били су добра спона са либералним Хрватима римокатолицима.[27]

Неспорна је чињеница, прихватили или спорили тумачења римокатолика Павловића, да се српски народ расуо по неколико линија: верској, територијалној и државној. Усуд тог расула су више српских нација пониклих од једног народа широм балканског простора, на шта је, с правом, упозоравао троверне Србе видовити Павловић још 1890. године!

[27] „Бистрење", *Српски глас,* 22.08.1890, 34 према С. Божић, *Политичка ми сао,* 53, 64; Л. Томановић, *Из писама,* XXVI 9, 1926, 264.

6.1. Ставови Марка Мурата

Шта су о Српству у Далмацији мислили двојица врхунских српских интелектуалаца, Србин римокатолик – Марко Мурат и Србин православан – Никодим Милаш?[28]

Основне идеје Марка Мурата о двоверју Срба и Српству су следеће.

Дубровник, „словински град“, „дубровачки народ“, „*natio ragusina*“, представља посебну културу. Многи у граду, особито у залеђу, славе крсну славу, док многи Дубровчани знају да су Срби. Дубровник је, дакле, католички, словенснки, српски и југословенски град. Буђење Срба римокатолика започето је средином 19. века, с центрима у Дубровнику и у Каштелу. Цела градска дубровачка интелигенција, и бискуп Мато Водопић, нису крили да су Срби. „Дубровчани Пуцићи, Будмани, Стојановићи, Богишићи, Зоре, Франасовићи, Ђаје, Војновићи, Решетари итд. осећали су се и осећају се Србима“, Мурат наглашава овај податак у једном од писама Лазару Марковићу. Он му још и наводи речи Шандора Ђалског, упућене кћерима Србина римокатолика, Пере Будманија: „Био сам тамо, гледао сам оне дивне Жупљане и Конављане. Уживао сам. Све смо вам их похрватили, закитили нашим кокардама. Сви Хрвати! А нису, богами, него прави правцати Срби. Али немојте ме издати“, говорио је овај познати хрватски књижевник.

За Мурата није нимало спорно Српство Дубровника, које је проистекло из национално неопредељеног Словинства. У његовом схватању осећа се несигурност, јер су у њему, осим Срба, живели и Хрвати. У аутобиографији је истакао: Србин и Хрват су на овој територији академско опредељење, они су „*Словинци* (Југословени)“. Иако се није одрекао римокатоличког Српства, у међуратном периоду запловио је у југословенске воде, што га је одвајало од првобитне српске идеје и нагнало да пресуди: „Дубровник и Србима и Хрватима. Дубровник Дубровнику.“[29]

Упуштајући се у прошлост и његово тумачење, Мурат је истицао како се у некадашњој Дубровачкој републици стварало вештачко хрватство. Све до краја 19. столећа географски се Даламација делила на Далмацију, Дубровник и Боку, да би у Краљевини Југославији

[28] Обојица су написали *аутобиографије* у којима се посебно осврћу на овај проблем, али и друге списе, нарочито Милаш. У овом раду користићемо још Милашеву *Православну Даламцијију*, Далматинска епархија, Београд Шибеник 2004. и објављена писма Мурата Софија Божић, „Српство Марка Мурата“, *Љетопис српског културног друштва „Просвјета“,* Загреб 1999.

[29] Идеје Мурата у аутобиографији (*Из мог живота,* Завод за уџбенике, Београд 2007, 19) и у писмима Лазару Марковићу, која је објавила С. Божић, *Српство Мурата*, 294, 304, 310, 312 скоро да су истоветни.

добила назив Далматинска Хрватска. „Хрватство овдашње није ни етнографско ни историско. Оно је само једна партија изникла из остатка аустроугарских времена, а највећма као протест и реакција увређених, запостављених, игнорисаних жалосним поступцима (незнање и непоштење) управљача после Ослобођења (тј. увређеног итд. Дубровника).“

Мучио се Мурат разлучујући српску од хрватске идеје код Дубровчана. Он је писао: „Хрватство у Дубровачкому је артифицијално дело несвесних демагога, створено лажима историским, клеветама и мржањом на Србе и на све Хрвате који доиста воле државу и дело Ослобођења“ (писано 1933. године). Поткрепљивао је своје уверење навођењем речи бискупа Мата Водопића, пореклом Србина: „Синци, сила нам је да будемо Хрвати и то ваља бити, ако нећеш да те многи прогоне премда ми ни у дјетињству, ни наши оци, ни наши дједови нијесмо знали за то име“! Муратово Српство је неспорно, самим тим и поштовање православних Срба, као што су и његови погледи на Хрвате пуни разумевања. „Нисам против Хрвата. За мене смо ми још *један* народ. Али сам против лудилу и безобразлуку ма одакле они долазили. *Salus Reipublicae suprema lex*“ (курзив М. М.)![30]

Мурат је овим додирнуо спорно и неразјашњено питање о Србима и Хрватима као једном или два народа, као једном двоплеменом народу, као једном народу двеју вера. „Нећу да спомињем појам српства и хрватства. Цијепање једног народа на два народа, на два племена – којима се не знају границе и не познају се међу собом јесу ли једно или друго прије него што се један другом изјасни!!!“.[31] Међутим, од почетка 20. века Ватикан је почео да користи хрватско име као облик свог мисионарског наступања на Балкану, што је резултирало поистовећивањем појмова Хрват и римокатолик. Римокатоличка црква сматра Србе и Хрвате једним народом, али међу њима постоји проблем који се испољава у вери и цркви. Мурат наглашава апсурдном мисао: „Ко је православни Србин је, а католици су Хрвати“. Срби греше када мисле да су оваквим схватањем већи Срби него што јесу. Није уочио да су вера и верска политика, и римокатоличка и православна, битно утицали да раздвајање „нашег народа“, па

[30] С. Божић, *Српство Мурата,* 301, 303, 304, 312, 313, 314.

[31] У полемици коју воде дум Антун и капетан Радо, Дубровчани, а преноси Мурат у аутобиографији, дум Антун (брат Марка Мурата) каже: „Ми смо Славјани и остаћемо Славјани, који су праву културу и чивилтат примили откле је и вас свијет примио: из Италије. Ми Дубровчани нијесмо се зато италијанизали, него су Талијани који доходу у Дубровник чинили се Дубровчани, Словинци... Ми смо сви дошли озгор из Херцеговине, Босне, Србије, ечетера. Отоле смо донијели и језик и косту ме. Овди су нас едукали, угладили, и чинили од нас прве, анци, једине, Еуропејце *fragli Slavi del Sud. Veri Slavi e veri Europei* (међу Јужним Словенима. Прави Словени и прави Европљани). На жалост пали смо под Аустрију“, М. Мурат, *Из мог живота,* 58, 67 68.

ту чињеницу приписује менталитету: „*Два се опречна менталитета боре у нашем народу*" (курзив Р. Љ). Под нашим народом подразумевао је Србе и Хрвате.[32]

Српска православна црква заговарала је идеју да је Србин само онај који је православан, а Ватикан је чинио то исто када су у питању Хрвати – они могу бити само римокатолици. У оваквом поимању нације Срби су били на губитку, будући да Хрвата није било православних, те се они нису могли уписати у српски национални корпус, али су се зато Срби римокатолици утапали у хрватски национални корпус.

Срби православни су слаби верници у односу на Србе римокатолике, исправно је запазио Мурат и додао: „Колико је на пример доиста оних међу православним Србима који данас *истински* вјерују, који су истински православни ортодоксни и вјеровањем и дјеловањем?... С тога није нимало ријеедак међу нашим православцима случај *православног атеисте.* И то, разумије се, нарочито међу тако зв/аним/ образованим и културним"... Он је последњу тврдњу, уверен да је исправна, још једном истакао: „А *вере* – са ретким изузецима – наша православна интелигенција нема" (курзив М. М)! Изједначавање вере са нацијом за њега је сасвим неприхватљиво, чак погубно.[33]

Мурат није био поклоник верског фанатизма, ни римокатоличког ни православног. Неговање верског фанатизма плод је набујалог национализма 19. века. Он сматра да је св. Сава светац и православних и римокатолика.[34]

Срби римокатолици служе се у Дубровачком залеђу латинским језиком, али поју и читају јеванђеље на народном језику. „Не знају или неће да знају ти наши православни клерикално национални да ми имамо читаву вјековну литературу црквених књига на језику

[32] М. Мурат, *Из мог живота,* 59. У писму Марковићу из Дубровника 17.6.1933: „..управ не би имало бити питања о хрватству и српству, него о два *мен талитета*, два васпитања... Јер факт је да није могуће повући неку јасну линију између Срба и Хрвата", С. Божић, *Српство Мурата,* 294, 299.

Допунимо Муратово излагање о Србима и Хрватима мишљењем Милана Ре шетара, који је био против да се „Срђу" да чисто српски печат (1901): „*Ја наиме нијесам више, како вам је сигурно познато, политички Србин који налази да је једини спас нашем народу у удвострученој ријечи Вуковој Срби и сви и свуда Хрвати сви и свуда. Мени је наиме у народноме и језичноме погледу српско и хрвацко једно те исто, па се ја никад више не бих ни с ким свађао због имена*" (курзив у оригиналу), К. Милутиновић, *О покрету Срба,* 64.

[33] С. Божић, *Српство Мурата,* 299.

[34] „Овакву вјеру без Бога, опијени фанатизмом вјерским, приповједају неки најновији апостоли национализма. И проглашавају овакво своје безвјерство вјером националном, неким важним фактором југословенске културе", С. Божић, *Српство Мурата,* 294.

српско-хрватскоме и латиницом и ћирилицом; а уз то да је један дио *наших католика* сачувао и у миси језик старословенски. И да је одмах по ослобођењу издат у Риму Мисал на старословенском дикције *српско-хрватске*, а не *руске* као што је сада језик у црквама нашим православним“ (курзив М. М.). Муратов жал за неразумевање римокатоличких Срба од стране православних Срба био је очигледан, често и оправдан.

На крају, Мурат наглашава: „Ово су мисли правог Католика, правог Југословена без обзира је ли он Срб или Хрват. Али на велику жалост и несрећу врло је мало данас у Југославији Католика који кршћански католички мисле. Страст политичка пријети да загуши вјеру.“ У насталој вишенационалној и вишеверској Југославији уследило је судбоносно опредељење Срба обе хришћанске вере о изједначавању Српства и Југословенства, погубног по српску нацију. У овоме су предњачили Срби римокатолици у монархији, њих су постепено следили Срби православни у републици, када првих више није било, сем ретких појединаца. „Србин сам и Југословен без задњих мисли“, или према Вуку „Србин западне цркве.“ За овакво национално опредељење Мурат је употребио занимљив израз – *Посрбица*, са значењем неког ко се вратио Српству. А такви су у очима православних Срба „издајице, цигани, лупежи итд.“.[35] Веровао је да православни Срби погрешно схватају Посрбице као што су лоше разумели Србе који су прихватили ислам – *Потурице*, а реч је о двема савим различитим појавама. Посрбице су хтеле да се врате у српски национални корпус, на шта указује и сам појам, док су Потурице биле сасвим другачији случај – оне су се масовно одвојиле од српског националног бића.

Поред Ватикана и аустријска управа у Даламцији зазирала је од Српства. Далмација је била удаљена и занемарена од Краљевине Србије, те се Аустрија, у борби против италијанизовања Монархије, одупирала „хрватским а не српским именом“. Српство је почело да губи битку са Хрватима још за владавине Аустрије и наставило увелико после Ослобођења 1918. године![36]

6.2. Ставови Никодима Милаша

Супроставимо Муратовим мислима идеје Никодима Милаша о Српству Далмације.

Милаш је књигом *Православна Даламција* (1901) дао солидну основу свом народу за разумевање политичких и националних проблема Срба у време настанка српске нације. Писана на основу историјских

[35] С. Божић, *Српство Мурата,* 301.

[36] Исто, 301, 313 314.

извора, она и данас корисно служи српској историографији.[37] Из ње, као и *Аутобиографије* Милашеве, користићемо само оне делове који се односе на проблеме двоверних далматинских Срба.

За Милаша проблем којим се бавимо постаје актуелан тек са француском управом, за коју Герасим Зелић каже да је била „тиранство и неправда", а Милаш нешто најбоље што су Срби доживели до тада. Он наглашава да је још Венеција прокламовала верску толеранцију, али њу нису поштовали њени чиновници. „Тек под француском владом могао је православни Даламатинац да душом дахне и да своју вјеру слободно исповједа".

Оштро је осудио епископа Краљевића и покушај унијаћења, наглашавајући да се стварно одрекао своје вере, али не и формално, и да је то учинио ради личних користи. Ипак, наводи његове речи из опоруке писане у 97. години живота: „Намјера моја била је само, да просвјетлим стадо моје духовно и да уклоним мржњу између православних и римокатолика и да их сложим у братској љубави".[38] Краљевићева идеја вредна је пажње, али сви су сумњали у његове добре намере.

Неке Милашеве погледе и повесне чињенице о Даламцији, посебно унијаћењу, изнели смо у почетном делу овог рада. Додајмо томе још захтев дрнишких Срба да им се допусти повратак на православну веру (1848), после чега је 30. јанура 1849. године стигла наредба аустријске владе: „Слободно је свакоме који је навршио осам-

37 „Ту сам књигу писао са пуно љубави, и сматрао сам је својим поносом, као православни Далматинац", пише Милаш у аутобиографији. Чињеница да књига није изазвала пажњу ни код свештеника ни код народа, разочарала га је. „Увјерио сам се тада, како жалосно стоји православна свијест у свештенству и народу у сјеверној Далмацији", *Аутобиографија*, *Дела Никодима Милаша, VII,* Даламатинска епархија, Београд Шибеник 2005, 112. У писму Лазару Томановићу (1912) вајкао се: „Одавно је, а особито од издања моје књиге *Православна Далмација*, режао неко на мене и вребао је само згодну прилику, да ми се освети", „Из писама умрлих и заслужних Срба*", Нови живот* XXVI, 11/1926, 329.

38 *Православна Даламацција,* 479, 502, 530. Милаш је имао и разумевања за Краљевића, али као православни епископ, који је био под сталним притиском Ва тикана и римокатоличких мисионара, морао је да осуди сваки покушај и помисао о унијаћењу. Стога наводимо следеће речи Краљевића из 1815: „Учење моје цркве није у ничему противно учењу римске цркве јер сви једнако почитујемо једног и триличног Бога, а апостола Петра признаје и моја црква за правопријестолног и врховног апостола, исто као и римска црква. У узајамном штовању церемонија једне и друге цркве ја сам већ успјео, а почео сам сада настојати да се почитују и догмати римске цркве, који се само по форми разликују од догмата источне цркве. Радујем се, да се код просвјећених и упливанијих мојих једновјерника ово моје настојање одобрава, и да ми исти у томе савјетом и помоћу притичу; и ја се надам да ћу у недалекој будућности постићи, да се у догматичким питањима сједини моја црква са римском црквом, те да будемо у вјери једни, а само у обредима различни. Божју заповијед да мора бити једно стадо и један пастир, дужан је свак да се стара из вршити, а нарочито епископи", *ibid.*, 493 4.

наест година пријећи из једног хришћанског вјерозакона у други“. Ускоро је уследио царски патент од 4. марта 1849. којим се православна вера признаје равноправном са осталим верма у Монархији.[39]

Неспорно је да су Милашева *Православна Даламацијa*, и сам епископ, штитили интересе православних Срба. О Србима, и римокатолицима и православним, Милаш није имао лепо мишљење, док се о муслиманима није изјашњавао. Ево шта о Србима пише у *Аутобиографији*, у којој доминирају интимна осећања, често јака и искрена, и скоро у свему супростављена исказима, такође искреним, Марка Мурата. Ова два у свему занимљива и супростављена мишљења, у опреци су понајвише зато што је први овај проблем посматрао и доживљавао као православни верник, а други као римокатолик, упркос чињеници да су припадници једног те истог народа – српског!

Милашева мајка, Марија, родом је Италијанка, римокатоликиња, и са њом је говорио целог живота на италијанском. Кад је пошао у школу осећао се његов италијански акценат, „јер нијесам знао добро српски“, признаје епископ. Осам година школовао се код римокатолика – фрањеваца, доминиканаца и језуита, што није небитно у формирању његове личности. Тада, наглашава, да „о српству није ништа знао“. Милаш има разумевања према својим учитељима римокатолицима, чак осећа потребу да наведе њихово држање према православној вери: „О мојој вјери није ми никад ни један ни ријечи прословио, нити споменуо, да би њихова вјера била боља од моје“, нити су било шта изјављивали против православља.

Кад је, касније, као православни епископ, покушао да оснује гиманзију за православне и римокатолке у Сплиту, Срби су се бунили из страха да оваквим чином не буду поунијаћени и похрваћени. И сам је написао више текстова против унијаћења.[40]

Већ смо истакли да је имао несхватљиво лоше мишљење о својим земљацима, православним Далматинцима. У својој импулсивности, с пуно неопрезности, разочараности, не увек и оправдане, представљао их је у негативнијем светлу него Хрвате. Многе далматинске Србе, као и део свештенства, осуђивао је „за њихов слаби српски патриотизам“, односно „полутанство њихово у народним осјећајима“. Најгори су били, по његовом уверењу, кнински и задарски Срби. За познавање његове личности и епископске делатности вреди истаћи да је Милаш успех на научном пољу више ценио од рада у цркви. Када је почео да размишља о повлачењу с епископског положаја, чинио је то с намером „да се ослободим од гадова сјеверно-далматинских и од подлости неких чланова српског клира

[39] *Ibid.*, 574.

[40] *Аутобиографија*, 17, 18.

у Даламцији, и особито у Карловцима“.[41] А када је до тога и дошло, уследиле су речи које нимало не пристоје једном црквеном великодостојнику: „Одахнуо сам, кад сам видио да нијесам више далматински владика, и да немам више посла са онаквим бескарактерним свијетом, какви су у већини православни сјевернодалматински Срби. За њих је био Милаш 1881. стуб православља и бранилац цркве и народа на Приморју; 1886. био им је одметник од православне цркве и српске народности, 1901. опет понос даламатинске цркве, а 1911. прости дефраундант!“ Грђење сопственог народа и пастве завршио је непримереним речима – да се „ослободио од неваљалих православних Даламтинаца, мојих злосретних земљака“.[42]

Милаш је један од оснивача *Српског листа* и Српске странке на Приморју (1879/80), али је о тој политичкој делатности мало записао. Све до оснивања странке за римокатоличко становништво користио је појам „Латини“, потом „далматински Хрвати“. Зато што су почели да заузимају „непријатељски“ однос према даламтинским Србима, поричући им индивидуалност, он је бранио Српство иако није био против сарадње са Хрватима. Разишао се са Савом Бјелановићем понајвише стога што је његов ђак тражио да политички интереси стоје изнад црквених, док је епископ био уверен „да ће на посљетку српско-православна црквена свијест надвладати над политичким рачунима.“ Незадовољан пријемом на који је наишла његова књига *Православна Даламција*, подстакло га је да изнесе тачан суд: „Увјерио сам се тада, како жалосно стоји православна свијест у свештенству и народу у сјеверној Далмацији“. Не само о обичним људима и њиховим свештеницима, већ и о самом врху Српске православне цркве у Хабзбуршкој монархији, сабрало се у њему негативно мишљење. Успехом у црквеним пословима и на научном пољу изазвао је завист, будући да је стекао први докторат богословља. И, уместо да тиме служи народу на част, тај успех донео је „завист, која је особито карактеристична код Срба“.[43]

Милашеви погледи на Дубровник и дубровачко Сртпство посебно су драгоцени за разумевање српског националног питања у 19. и почетком 20. столећа. За Алфонза Павића, који је био заменик управника Даламције, Давида, пише да, „као Дубровчанин, није могао вољети православне.“ Већ смо нагласили да се разишао с Бјелановићем, познатим по неговању идеје о српском троверном народу. „За српске далматинске ствари, исто и за јавне црквене послове, постао је, после Бјелановићеве смрти, мјеродаван ‘Дубровник’,

[41] Ваља указати да је Милашево мишљење о школовању у Богословији у Сремским Карловцима налик казивању Светозара Марковића о школовању у Крагујевачкој гимназији.

[42] *Ibid.*, 131 132, 137.

[43] *Ibid.*, 46, 49, 55, 112, 138.

лист који су издавали такозвани ‘Срби-католици’, који већ као Дубровчани презирали су и мрзили ‘влашку вјеру’, како они називаху и данас још називљу православну вјеру... А симпатичан им је био овај лист, јер су мислили да ће његов програм прихватити сви либерални Хрвати, те претворише се и они у ‘Србе католике’; а нијесу знали, да све то ‘католичко Српство’ састављају десетак ако не и мање, амбициозних писмених Дубровчана, који су уза се имали можда још стотинак неписмених или полуписмених Дубровчана, које су они онако новчано помагали, а за које амбициозне писмене Дубровчане ‘католичко Српство’ није друго било, као што није ни данас, него пуста реклама.“ Овако опоре и тешке речи о Србима римокатолицима Дубровника нико више није изрекао. Без обзира на нека његова исправна опажања, као што је верска нетрпељивост и мржња, Милаш није остављао простор за било какаву разумну сарадњу. Он је још једном нагласио римокатоличку мржњу према православљу: „Да, али требало је прихватити лијепу згоду, да се искали мржња противу православне вјере, којом мржњом Дубровчанин римокатолик рађа се, живи и умире“.[44]

Душа уредништва тог дубровачког листа био је тада, а и послије, за више година, „јавни биљежник др Антун Пуглиеси“. Већ из начина писања Пуљезијевог презимена (ћирилицом „Пуглиеси“), говори о презиру који је гајио према овој личности. Милаш није спорио финоћу овог Дубровчанина, који се издавао за великог Србина и био вођ Српске странке од 1903. „Даламтински Срби, они из моје епархије, дакле чисти православни“ дали су поверење Србину римокатолику да их заступа у бечком парламенту, а не Србину православном, Душану Баљку, слепо му верујући, да би показали колико су „либерални у питању вјере“. Милаш, можда, с правом критикује наивност православног српског становништва, али уопште не узима у обзир, нити о томе даје било какав наговештај, колика је била од користи по Српство делатност Срба римокатолика, посебно у Бечу. Одустајање да о томе и размишља, укопавала га је дубоко у ортодоксном православљу.

Пуљези је осудио чланак професора богословије Калика „Патриотизам“, штампан у епархијском *Гласнику*, у којем су изједначени Православље и Српство, „два дијела једне исте идеје, који се међу собом допуњују, јер је ова теорија преживјела, шта више, штетна је

[44] Мржњу Дубровчана према Српству истицао је и Михаило Полит Десанчић: „Ваља бити објективан. Питам ја Вас: с ким ви Срби у Далмацији правите савез? Са мајушним делом становништва. Хоћете ли ви да игнорирате 400.000 католика? Ви се позивате на Дубровник. Лепо! Хоћу да верујем, да има интелигенције дубровачке, која хоће да су Срби, ал’ хоћете ли ви мени, који познајем Даламцију, да докаже те, да сви Дубровчани, да огромни дио, воле Србе? Ја знам да их мрзе. Позната је мржња Дубровчана против Црногораца, а знате ону реченицу за Србе: *Basta che sia greco*“, Л. Томановић, *Из писама умрлих и заслужних Срба,* 37.

за српску ствар, док у прошлости имала је неку релативну ствар“. Милаш није хтео ни да му одговори, те је замолио Калика да то уради, јер се плашио да не изазове још већи раздор са Србима римокатолицима, будући да су многи знали за његово негативно мишљење о њима. Свој став и држање према Србима римокатолицима Далмације правдао је тако што је навео потоње писање о овом питању *Дубровника*, потом *Србобрана* и *Заставе*. Милаш је био уверен да ради у име „свог народа“, али је очигледно да је мислио само о једном његовом делу, оном бројнијем – православном.[45]

Чланак „Патриотизам“ је изазвао негодовање и осталих Срба римокатолика. Међу првим огласио се „добри Србин“, Антун Фабрис. Прочитавши чланак у *Гласнику* Далматинске епархије, Фабрис се обратио писмом Лазару Томановићу овим речима: „ако га нијесте прочитали, молим да га прочитате па, ако нијесте заборавили, дозовите у памет онај наш разговор на Цетињу о Владици Милашу, па ћете се увјерити да нијесу сасвим неистинити неки гласови. Пођe ли се оним путем, што га казује писац чланка Патриотизам, Српство ће у Далмацији, Дубровнику и Боки много изгубити“. Молио је Томановића да упозори владику и људе око *Гласника* да више тако не пишу, јер оно „не може донијети користи српској ствари у Даламцији“. Милаш и његови православни следбеници напустили су Вукову и Бјелановићеву идеју и програм о „Србима без разлике вјере“, а то су радо дочекали римокатолички бискупи, посебно барски. Фабрис истиче да не би ни мало допринело српском питању када би српски политичари у Даламцији, обе вере, ступили у „борбу са црквеним органима“.[46]

Очигледно је да Милаш није доживљавао Дубровник као српски град, већ као великог непријатеља православља и Српства. У томе је био на сасвим супротним позицијама од Марка Мурата.

Питање преименовања и враћања на стари назив Звода Светог Јеронима у Риму (1901), илирски или хрватски, изазвало је бурну полемику у Далмацији. У њој је учествовао и Милаш. Он је осуђивао и папу, јер је брисањем имена „илирски“ потврђивао идеју „да нема Срба Католика“. Из тога је извео закључак да ни барски надбискуп не може више носити титулу „Примас Србије“, јер она тиме губи смисао. У писму Томановићу наглашава: „Али политички интерес Српства данас захтијева да се даде важност оној титули, и ја сам хтио да потпомажем том интересу. А ни теби тамо не мора бити најлакши посао уздржати златну средину између строго православних Срба и Срба Католика, при осетљивости православних за своју цркву.“ Ми-

[45] *Православна Даламција*, 92, 105 107.

[46] Л. Томановић, „Из писама умрлих и угледних Срба*“, Нови живот* XXVII, 9/1926, 264.

лашева осетљивост према православним неспорна је, иако њихову верску припадност пише малим словом, али не и према католицима, мада за њихово верско опредељење користи велико слово. Тиме се дотакао и питања Срба римокатолика у Црној Гори и Приморју и могућности да ова српска држава пригрли њихове симаптије. Али се одмах упитао: „Како би на то гледали затуцани православни Срби, међу којима *аз јесам први* – то је већ друга ствар“ (курзив Н. М). И, не часећи, сам је понудио одговор: „Мргодили би се, како може бити Српства без Православља...“

Милаш се није посебно изјашњавао о Хрватима, које је идентификовао с римокатолицима, као што је Србе идентификовао с православним верницима. Међутим, изричит је био када је писао ко стоји иза Хрвата и због чега: „Ватикан се неће никада занијети за Српством на штету Хрватам јер они добро знаду из историје политику српских владара према Риму“.[47] За овакво исправно Милашево опредељење налазимо потврду у речима каноника Јакова Групковића, који је изнео запажање слично епископовом: „Та ми знамо да нисмо Хрвати него Срби, а ма не смиемо од Рима звати се Србима“.[48]

О Србима муслиманске вероисповести Милаш није писао!

7. РИМОКАТОЛИЧКО СРПСТВО И СРПСКЕ ЗАБЛУДЕ

Када су се у другој половини 19. века појавили Срби римокатолици био је то изненадни и велики национални феномен. Дугогодишње ропство под Турцима као да је избрисало из свести Срба њихову припадност римокатоличкој вери у средњем веку. Они су, тада, и наредних деценија, чинили највећи део српске интелектуалне елите на Јадранском приморју, посебно у његовом јужном делу. У српској националној политици римокатоличко Српство будило је наду, отварало видике и обећавало нешто проширеније српско и српско-хрватско уједињење на просторима Јадранког приобаља и залеђа. Крајем 19. и почетком 20. века римокатоличко Српство је било у успону, поступном али сигурном. Одавно је запажено да су се римокатолички Срби изјашњавали као Срби без присиљавања, без користољубља, самоиницијативно, и да су у томе били упорни и непоколебиви до Уједињења.[49]

---

47 Исто, *Нови живот*, XXVI 10, 1926, 297 298.

48 Никола Милованчев, „Дон Јаков Групковић 1833 1911 (свештеник, педа гог, филолог и национални радник)“, *ЗСХ* 4/1998, 65.

49 Л. Костић, *Срби римокатолици,* 215, 287, 289. Пишући о овом проблему Костић наводи и примере над којима се ваља замислити. Када се један Дубровчанин представио крљау Александру као „католички Србин из Дубровника“, владар му је одговорио да је он „православни Хрват из Београда“. *Ibid.*, 290.

Неспорна је чињеница да су Срби римокатолици, били бољи следбеници Вукове идеје о српској нацији трију вера него Срби православни, изузимајући њихов мали број, пре свега цивила интелектуалаца, не и свештеника. Бранећи ову идеју упорно, јер су само тако могли остати Србима а не одрећи се римокатоличке вере, они нису наилазили на разумевање ни националистички настројених Хрвата, ни православљу оданих Срба, пре свега из редова Српске православне цркве. Њих није имао ко да схвати и подржи, иако су „Срби католици добро осећали шта српска мисао значи за наш народ". Можда и зато што су се нашли у маказама између римокатоличких Хрвата и православних Срба, Срби римокатолици су се трудили да задрже и српску националност и римокатоличку веру, не успевши да убеде ни прве ни друге да је то могуће. Задовољан успехом постигнутим буђењем римаокатоличког Српства, Лазар Томановић је истицао да су преузели заставу српску на Приморју и да „данас имамо занешенијех Срба и енергичнијех међу католицима неголи међу православнијем".[50] Већ смо истакли да је Лујо Бакотић наглашавао њихову оданост и Српству и римокатоличкој вери.

Срби римокатолици нису мешали своју веру с националним осећајем и полтичким радом. „Истичући своје српство ми нисмо питали ни католике ни православне свештенике да нам признају оправданост тог свог осведочења, јер смо били уверени да имамо право да га истичемо", писао је Лујо Бакотић у својој познатој књизи. Он је исправно запазио да српски народ није политички зрео и да не може „бити места за две националне идеје, него само за једну"; дакле, ни српство ни хрватсво, него југословенство.[51]

У Даламцији су се, од краја седамдесетих година 19. столећа, надметале две мисли, две идеје – српска и хрватска, православна и римокатоличка. Отуда је сукоб Срба и Хрвата доживљаван као сукоб православља и римокатоличанства. Идентификацијом Срба с православљем и Хрвата с римокатоличанством, на верском наковњу исковане су две нације на југословенском простору – српска и хрватска. У тој борби први су подлегли Срби римокатолици, који су отпали од српског националног корпуса и стопили се с хрватским националним бићем, постепено, после 1918. године, поставши поборницима југословенске идеје, потом хрватске.

Идеја о политичком народу се пренела из Хрвтске и Славоније у Далмацију. Павлиновић је тврдио: „да Срби у Хрватској могу бити само 'Хрвати источне цркве', да је 'Хрват они који живи у Хрватској држави, а Срб који живи у Србији'„ и „нам је довољно да Срби

50 „Срби католици", *Српски глас, 2*8.02.1890, у С. Божић, *Политичка мисао Срба,* 66.

51 Бакотић, *Срби у Далмацији,* 185, 187.

разуме, да ми Хрвати нисмо дужни стварати србство у Хрватској“. У спровођењу овакве политике Хрвати су били упорни и доследни, те су бележили успех. Полемишући са Лазаром Томановићем у *Народном листу*, Миховил Павлиновић, за кога је *Српски лист* писао да је српског порекла, исписао је пророчанску мисао: „Давно пошто заклапа мотика над главом Лазара Томановића, Српсто у Далмацији биће на врби свирала.“[52]

Погубну слику неуспеле политике Срба у Даламцији, како у време Хабзбуршке монархије, тако и обе Југославије, сликовито је представио Мирко Демелић. Од идеје о јединству Срба трију вера, временом, у периоду од једног века, створене су три нације: „Али се и чудих кад сазнах да у Сињу постоје многи Вучковићи, као и у моме Класнићу; први су били Хрвати, други Срби. Показивали су ми која је земља у Сињском пољу била од Вулетића, а која од Трипала. Из куће Трипала, и њу су ми показали, поникао је Мика, чије је име у мом дјетињству, уз име Савкино, производило неразумљив страх. Све је било чудно: три кољена Трипала – три нације; Круно – Србин и начелник Сиња испред српске странке; Мирко – Југословен (ОРЈУНА, СДС, Радикална странка) и народни посланик; Мика – Хрват и вођа националистичког покрета 1971. године“.[53] Југословенска нација нестала је са државом (леп пример колико је држава битан интегративни фактор нације!), а њено место заузела је бошњачка нација муслимански оријентисана. Овим путем вера се показала као јак дезинтегративни фактор, који је расточио српску нацију на три дела. Конфесија је била интегративни фактор српске нације у ужем смислу, само у оквирима православља, а дезинтегративни фактор у ширем смислу, у оквирима трију нетрпељивих вера.

Срби римокатолици су били *бољи Срби* него што су смели да се таквим искажу, а Срби православни су били *лошији Срби* него што су се представљали! Да би смо разумели изнету тврдњу, поред претходно изнетих примера, указујемо и на неколико српских заблуда непосредно везаних за проблем који је разматран у овом раду.

Прва и највећа српска заблуда коју су исказивали православни Срби, била је и остала *да је Србин само онај који је православан*. Ово је став Српске православне цркве, био и остао. Добрим делом прихватили су га и световни Срби, осим ретких интелектуалаца и свих Срба римокатолика. С овим је у нераскидивој вези појам о *Српском*

[52] Л. Томановић, „Из писама умрлих и заслужних Срба“, *Нови живот*, XX VII 1, 1926, 7; С. Божић, *Политичка мисао Срба,* 97; С. Божић, *Српска народна странка,* 102.

[53] Мирко Демелић, „Ја, Срби и Хрвати“, *Љетопис Српског културног друштва „Просвјета“,* Загреб 1999, 410.

православљу, који у историографији није јасно и подробно објашњен и протумачен.[54]

Друга српска заблуда, коју су исказивали римокатолички Срби, односи се на *одноранђавање и похрваћивање Срба*. Наводимо два примера. У необјављеном програму *Гласа Дубровачког* (1885), оснивачи подвлаче да „осјећајући да су Срби, неће се никад слити ни претопити у Хрвате, премда су справни у неопредељеној будућности, ступити ш њима у какву чим заједницу“. Док је Антун Фабрис писао у чланку „Или к Загребу или к Београду?, *Дубровник* (1892): „Ми Дубровчани, Срби по пореклу, иако се нећемо нигде за нигда претапати у Хрвате, а то није ни нужно, ни могуће; ми ипак не сањамо о каквој Великој Србији, тј. о Србији која би освојила друга племена југословенска“.[55] Њихова отпорност, увек крхка, није се могла одупрети хрватском национализму у успону, с изузетком краћег југословенског периода између два светска рата, који је овај процес успорио. Случај породице Трипало, као и многи други, а изнад свега, да су Срби римокатолици права реткост, неспорна је потврда ове заблуде. Феномен Срба римокатолика Срби нису искористили у ковању српске нације.

У настанку прве заблуде нису учествовали Срби римокатолици, у настанку друге заблуде нису учествовали Срби православни, иако су упозоравали сународнике друге вере на опасност однарођавања и били свесни негативног исхода – српског пораза а хрватске победе.

Трећа српска заблуда односи се на исламизоване Србе, пре свега у *идентификацији етничког Турчина и муслимана наше крви*, и њихово још драстичније искључивање из српског националног корпуса, али се на њу посебно не осврћемо јер није предмет овог рада.

И, на крају, истакнимо, а то заслужује посебну монографију, да је у оквирима српског националног бића или српске нације, остао само онај део српског народа привржен православљу, уз изузетак ретких појединаца друге вере. Остварењу те појаве, која је имала за циљ да сачува што више Срба у православљу, искључива заслуга припада Српској православној цркви.

---

[54] Види Ђ. Слијепчевић, *Историја,* књ. 1*,* поглавље „Српско православље, 451 463.

[55] К. Милутиновић, *О покрету Срба,* 45, 57.

Dr. Radoš Ljušić

Professor
University of Belgrade Faculty of Philosophy

THE DALMATIAN SERBS: ONE NATION AND TWO RELIGIONS (THE EXAMPLES OF MARKO MURAT AND NIKODIM MILAŠ)

The author examines the issue of religious partition of the Serbian people from the Middle Ages until the 1930s. Division along the religious lines may be generally observed everywhere on the territory inhabited by the Serbs. Yet, the author decides for the most part to focus on the Serbs of Dalmatia, Dubrovnik and Boka Kotorska in the XIX and at the beginning of the XX century, and on their adherence to either Orthodox, or Roman-Catholic Christianity. The religion could have played both the consolidating and the disintegrative role in formation of the Serbian nation, and the author explores these options, studying the beliefs and convictions of two prominent Serbs of the time: Roman-Catholic Marko Murat and Orthodox bishop Nikodim Milaš. In the end, the author deliberates on three Serbian misapprehensions with respect to the relation between the religion and the Serbian nation.

Key words: *Serbian nation. – Orthodox Christianity, Roman-Catholic Christianity and Islam. – National programs. – Political parties. – Serbian misapprehensions.*

УДК 347.53:621.039

Др Јожеф Салма*

АПСОЛУТНА И РЕЛАТИВНА ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА АТОМСКЕ ШТЕТЕ

У раду се анализирају европска упоредноправна решења (СР Немачка, Аустрија, Мађарска) о одговорности за штету услед дејства атомских постројења. Констатује се да законодавства ових европских земаља уводе строжа правила о одговорности. Претежно се усваја објективна одговорност, мада има и земаља у којима се прихвата субјективна одговорност уз оборива претпоставку кривице. Решења су тражена и у томе да за поједине законом признате видове штете чија су последица смрт, телесне повреде и оштећење здравља, одговара и у случају садејства више силе. То је требало да значи да код атомских штета виша сила није разлог искључења одговорности (апсолутна одговорност), за разлику од општих правила о објективној одговорности. Али, има примера у упоредном праву да је претпоставка узрочности уведена и у случају да постоји вероватноћа да је штета настала услед или поводом дејства атомског постројења (хаварија атомског постројења, прекомерно јонизирајуће зрачење или одлагање нуклеарног материјала). Указује се на прописе везане за превенцију од атомских (и других) еколошких штета, кроз евиденцију постојећих постројења и њиховог евентуалног еколошки штетног дејства, с потребном домаћом и европском мрежом, као и кроз дозволе за изградњу нових постројења на основу претходне еколошке анализе. Разликује се еколошка (атомска) штета у ширем смислу и еколошка штета у грађанскоправном смислу. Прва се (генерално) санира, уколико је то могуће, а друга се накнађује појединачно, у законом предвиђеном обиму.

Кључне речи: *Грађанскоправна одговорност. Атомске штете. Апсолутна одговорност. Објективна и субјективна одговорност за штету. Претпоставка узрочности код атомских штета.*

---

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *J.Salma@pf.uns.ac.rs*. Рад је настао као резултат истраживања на пројекту бр. 179079 под називом *Биомедицина, заштита животне средине и право* који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. ОДГОВОРНОСТ ЗА АТОМСКЕ ШТЕТЕ КАО ПОСЕБАН СЛУЧАЈ ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Одговорност за атомске штете спада у ред посебних случајева грађанскоправне одговорности, и то у новије врсте ових случајева. У традиционалне посебне случајеве грађанскоправне одговорности за штету спадају, на пример, одговорност за штету коју проузрокује животиња, одговорност спортиста и спортских организација, одговорност за штету насталу услед рушења грађевина и бацања материјала из стамбене зграде, одговорност за штету због недостатка производа и др. У неким правима (на пример, у мађарском) одговорност за штету од опасних ствари или делатности, као објективна одговорност, сматра се нарочитим случајем, будући да је основно, опште, правило о одговорности засновано на кривици (*felróható-ság)*, а не на узрочности, како је то иначе код свих видова објективне одговорности. У швајцарском праву, објективном одговорношћу сматра се одговорност за штету имаоца или власника атомског постројења. У овом правном систему ималац одговара по правилима о узрочности, без обзира на кривицу.[1]

Посебни случајеви грађанскоправне одговорности немају неки заједнички именитељ, осим што у по нечему одступају од општих правила, нарочито у погледу основа и услова одговорности, а понекад и по обиму одговорности. Недостатак заједничке нити која повезује све посебне случајеве проистиче из тога што од датих факата, чињеничних околности, зависи да ли ће један случај бити расправљен у домену субјективне или по правилима објективне одговорности, одговорности за сопствене радње или за радње другог, деликтне или контрактуалне одговорности. Основно доктринарно полазиште у овој материји је да је директна узрочност одредница не само субјекта, већ и врсте одговорности. Наиме, узрочност, поред осталих функција које има, служи и да укаже на одговорног субјекта.[2] Ипак, када је

[1] Вид. за швајцарско право: Kernenergiehaftpflichtgesetz vom 18. März 1983, SR 732, 44, Art. 3 10. Доступно на: *http://w.w.w.admin.ch.* Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schult hess, Zürich 2000, 210.

[2] У француском праву, које у основи и данас одговорност за штете заснива првенствено на принципу субјективне одговорности, од тога се одступа у домену одговорности за дејства ствари и код ствари и делатности које носе (апстрактни) ризик опасности од штете, у случају да је дошло до реализације ризика. Тако, ако је штета настала услед дејства опасне ствари, штетник се не може екскулпирати од одговорности, с позивом на то да до њега нема кривице. Вид. *Code civil,* 106^{e} éd.' Dalloz, Paris 2007, art. 1384. Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Les conditions de la responsabilite,* L.G.D.J., Paris 1998^{2}, 625 627. У овом часопису вид. и Ерик Агостини, „Одговорност за штету од опасне ствари примена француског права на Маурицијусу“, *Анали Правног факул*

везана за повреду неке унапред предвиђене обавезе, законске или контрактулане, она може одредити и врсту одговорности. Тако, ако се утврди да је претежан узрок атомске штете повреда контракта, тада ће се одговорност приписати страни која је повредила уговор. Уколико је, пак, атомска штета настала услед немара, поводом повреде законске дужности превенције која пада на терет имаоца атомског постројења, онда је извор одговорности у деликту. Тада је одговоран онај који је био дужан да спречи атомску штету, што у овом случају значи ималац, тачније вршилац привређивања на постројењу. Атомске штете, зависно од ширине и интензитета фактичког дејства јонизирајучег зрачења су некад домаће, некад прекограничне. Отуда би у Републици Србији пажњу требало посветити анализи усклађености законодавства, независно од тога што у нашој земљи још нема атомског енергетског постројења. То значи да, по свему судећи, има атомског експерименталног штетног материјала у домену одлагања домаћег или, евентуално, иностраног нуклеарног отпада, с могућим трајним јонизирајућим последицама. Правни проблеми које би оно могло поставати решени су једним посебним законом о којем ће доцније бити више речи.

Специфичност одговорности за атомске штете је и у томе што је она у упоредном праву претежно уређена као објективна одговорност, тј. одговорност независно од кривице. Но, посебност постоји и на плану обима одговорности. Наиме, код атомских штета, опсег одговорности за поједине штетне последице које настану услед смрти, телесне повреде и оштећења здравља је, бар према упоредноправним решењима, унапред лимитиран и то у новчаном износу. Према општим правилима о одговорности за материјалну штету, укључив и општа правила о објективној одговорности, у највећем броју грађанских законика европских земаља, рачунајући и наш Закон о облигационим односима, одговорно лице према начелу о потпуној накнади одговара за целокупну штету, тј. како за просту штету (*damnum emergens*), тако и за изгубљену добит (*lucrum cessans*). То нарочито вреди ако је штета проузрокована намерно, као што је то у аустријском праву. Но, начело потпуне накнаде у нашем праву, као опште правило, важи и у случају непажње. У упоредном праву од овог општег начела у материји опсега накнаде, постоји одступање. Наиме, ималац (привредник) атомског постројења не одговара за целокупну штету, већ само до законом прописаног лимитираног новчаног износа.

Класична грађанскоправна објективна одговорност се карактерише тиме што ималац опасне ствари или вршилац опасне делат-

тета у Београду 1 2/2004,116 130; Горан Георгијевић, „Одговорност за проузроко вану штету и режими накнада у француском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 3 4/2004, 496 522.

ности одговара за штету независно од кривице. Његова одговорност заснована је искључиво на узрочности. То значи да уколико штета потиче од опасне ствари, за њу одговара ималац односно власник те ствари. Ово правило вреди и на плану одговорности за атомске штете, како у упоредном, тако и у домаћем праву. У тој, класичној, доктрини опасна ствар се дефинише као ствар која представља повећану опасност од настанка штете, било својим положајем, особинама или употребом. Нема сумње да атомско постројење било које врсте (за производњу електричне енергије, за одлагање атомског отпада) има такве особине.

Отуда, у правима која, попут српског, немају посебне, свеобухватне прописе за све врсте атомских штета, питања која покреће њихово проузроковање требало би расправљати према општим правилима о објективној одговорности, како у погледу субјекта, тако и у погледу обима одговорности. Потребно је ипак, напоменути да наша важећа општа правила о грађанскоправној одговорности, садржана у Закону о облигационим односима, подразумевају потпуну, нелимитирану одштету, а да за разлику од тога, посебна правила о атомској штети у иностраним правима налажу законом ограничену меру одговорности имаоца атомског постројења. Затим, према класичној доктрини, објективна одговорност, тј. одговорност за штету насталу од опасне ствари или опасне делатности, није апсолутна. Ималац опасне ствари или вршилац опасне делатности може да отклони своју одштетноправну одговорност, ако докаже да је штета настала услед дејства више силе. Другим речима, према општим правилима о објективној одговорности екскулпација је могућа ако ималац опасне ствари докаже да штета потиче од неког узрока који се налази ван ствари, а чије се дејство није могло предвидети или избећи или отклонити.

На плану заједничких европских правила, први нацрт Директиве о превенцији и санацији од еколошких штета, објављен у јануару 2002. године, предвиђа објективну одговорност. Нацрт укључује еколошке ризике и заштиту здравља грађана. Појам узрока који доводе до штете схваћен је прилично широко. Он подразумева све негативне промене у природним ресурсима, оштећење биодиверзитета, загађење вода. Под рехабилитацијом, као једним обликом накнаде, подразумева се реституција или замена. Када се ради о еколошким штетама, оне су такође, схватају шире у односу на штету схваћену у грађанскоправном смислу. Потоња се уобичајено дефинише као умањење туђе имовине или повреда телесног (здравственог) или психичког интегритета. Код грађанскоправне одштетне одговорности за атомске штете, дугује се накнада штете оштећеном лицу од стране имаоца (привредника) атомског постројења. Код еколошке штете у ширем смислу (укључив и атомске штете са трајним јонизирајућим

зрачењима), с еколошким последицама ширих размера, ради се о комплексним санационим мерама које се предузимају пре свега од стране државе, ради отклањања или смањивања тих дејстава.[3]

У превентиву спада и формирање европске мреже информација о еколошким ризицима, укључив и атомске ризике од наступања еколошких штета и штета у ужем, грађанскоправном смислу речи. Превенција је од посебног значаја, пошто реализација неких ризика често доводи до немогућности реституције (смрт, трајно здравствено оштећење људи, уништење фауне и флоре) нити потпуне санације.[4]

2. ПОЈАМ АПСОЛУТНЕ ОДГОВОРНОСТИ КОД АТОМСКИХ ШТЕТА

За разлику од класичне доктрине о објективној одговорности, у новијим европским национални законодавствима (у Немачкој,[5]

[3] Упор. Gyula Bándi, *Környezetjog*, Osiris Kiadó, Budapest 2004, 309 313.

[4] Richtlinie 2003/4 EG über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinforma tionen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG (Директива о приступачности еколошких информација); Richtlinie 2003/35/EG über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter Umweltbezogener Pläne und Programme und zur Ände rung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteili gung und den Zugang zu Gerichten (Директива о учешћу јавности приликом израде одређених еколошких планова и програма и о изменама ранијих смерница); Richtli nie 2004/35/EG über Umwelthafung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Директива о одговорности за спречавање и санирање еколошких штета); Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten Öffentlichen und privaten Projekten (Директива о провери еколошке подношљивости код одређених јавних и приватних пројеката); Richtlinie 2001/42/EG über die Prüfung der Umwel tauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (Директива о провери еклолошких утицаја одређених планова и програма); Verordnung (EG) Nr. 166/2006 über die Schaf fung eines Europäischen Schadstofffreisetzungs und verbringungsregisters (Директива о установљавању европског регистра о одстрањивању штетних материја и о регистру начина старања); Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Or ganisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmenagement und Umwelts betriebsprüfung (EMAS) (Директива о слободном учешћу организација у систему Заједнице за еколошки менаџмент и контроли квалитета животне средине); Richt linie 96/82/EG zur Beherrschung der Gefahren bei schwären Unfällen mit gefärlichen Stoffen (Директива о отклањању опасности код тешких еколошких удеса изазваних опасним материјама); Richtline 96/75/EU über Industrieemissionen (integrierte Ver meidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) (Директива о индустријским емисијама интегрисано заобилажење и смањење загађења животне средине). Вид. *Kodex des östereichsches Rechts*, *EU Umweltercht* (Hrsg. M. F. Weinberger), LexisNexis, Wien 2011[8], 1 186.

[5] Gesetz über friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre gefahren (Atomgesetz) ATG, објављен 15. јула 1985, BGBl. I S. 1565, последње измене 24. фебруара 2012 (BGBl I S. 212). Вид. § 5, 6.

Аустрији,[6] као и у реформским европским земљама, на пример, у Мађарској[7]) уведено је правило о готово апсолутној одговорности имаоца атомског постројења, тј. и за случај садејства више силе. Додуше, у погледу врсте ризика и висине штете, ова одговорност је ограничена. Ризици су смрт, телесна повреда и оштећење здравља физичких лица који потичу од атомске хаварије или атомског зрачења. Иако се по врстама штете ради о релативној одговорности, предметна правила би, уз нужну синтезу, могла бити схваћена као норме о апсолутној одговорности, зато што се ималац не може ослободити на основу више силе (*vis maior*), за објективну одговорност катарактеристичног екскулпационог разлога. За настанак његове одговорности довољно је да оштећени докаже да је штета настала у вези са дејством атомског постројења, односно јонизирајућег зрачења. Ималац, а то је понегде власник, а понегде привредник постројења, одговоран је за материјалну и нематеријалну штету, додуше, у границама законског лимита. За штету, дакле, одговорно лице одговара и у случају да је настала услед дејства више силе. На пример, ако је дошло до атомске хаварије услед земљотреса, од једне неотклоњиве и непредвидљиве околности, ималац није екскулпиран од одговорности за штету. Ово нарочито уколико приликом изградње постројења или места одлагања опасних материјала није поштовао законске превентивне мере. Полази се од тога да имаоци атомског постројења приликом изградње треба да воде рачуна да она буду безбедна не само од сопствених аутономних хаваријских ризика, већ и од ризика више силе. Исто би требало да важи и за имаоце нуклеарног отпада, тј. за здравствену безбедност одлагања нуклеарних производа и нуспродуката.[8]

Потребно је имати у виду да европска заједничка еколошка правила предвиђају претходну еколошку контролу за нова постројења,[9] укључив наравно и нова атомска постројења. Ако би се шире ту-

[6] Bundesgesetz über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Radioaktivi tät (Atomhaftungsgesetz 1999 Atom HG 1999) BGBl I Nr. 170/1998). Ималац, тачније предузетник који ставља у погон (Betriebsunternehmer) атомско постројење по овом закону одговара за штету проузроковану људима и њиховим стварима за насталу штету. Ималац одговара за штете од радиоактивног дејства у вези са његовим токсичним, експлозивним и другим опасним својствима (вид. § 3, 3 и § 5, 1). Овај закон Аустрије не искључује одговорност за случај више силе. Вид. Atomhaftung sgesetz Bundesgesetz über zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Radioaktivität, Atomhaftunggsgesetz AtomHG, 1999, § 5, 2 у W. Doralt *et al*., *Kodex des österreichis chen Rechts, Bürgerliches Recht* (Hrsg. W. Doralt, A. Dorlat, F. Mohr), Stand 1.9.2007, LexisNexis ARD Orac, Bundesministerium für Justiz. 2007, 614 615.

[7] Вид. Закон о атомској енергији Мађарске од 1996. године ЗАЕМ (*1996. évi CXVI törvény az atomernergiáról).*

[8] Уопште о одлагању отпада и опасних и штетних (отровних) материјала, у заједничком европском праву, вид. Директиву бр. 75/442 и бр. 78/319. Упор. G. Bándi, 423 430.

[9] Вид. Richtlinie des Rates vom 6.12.1984 über die Überwachung und Kontrol le, Gemeinschaft der Grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Stoffe, 84/631/ EWG, ABl. EG Nr L 326 vom 13.12.1984, S. 31.

мачила та правила, онда би се могло утврдити да се она односе и на начин одлагања атомског отпада. У случају недовољне стручне пажње, одлагање нуклеарног отпадног материјала може довести до трајног зрачења и до штетног дејства за здравље људи. Узрочност код њих најчешће не делује тренутно, као што је то случај код обичних штета, већ се реализује дугорочно. Може се претпоставити, јер одговарајуће науке о здрављу тако тврде, да чак и дозвољена дејства зрачења, када трају дуго и контиуирано, кумулирају штетне последице на људски организам, односно доводе до оштећења здравља. Европска заједничка правила указују чак и на проширење одговорности, јер обухватају и случајеве проузроковања штете током превоза опасних и штетних материјала, укључив нарочито, нуклеарни материјал. Такође, на европском плану, Директива од 1990. године увела је обавезу хармонизовања националних правила поводом осигурања од одговорности за штете проузроковане од стране друмских теретних возила.[10] Почетком деведесетих година прошлог века, на европском континенту је усвојен и споразум о грађанскоправној одговорности за штету насталу делатностима опасносним за животну средину (Лугански споразум).[11] Претходница овог споразума био је Нацрт од 30. септембра 1988. године о условима грађанскоправне одговорности произвођача отпадних материјала за настале штете услед њиховог дејства.[12]

[10] Die dritte Richtlinie des Rates vom. 13.5.1990 zur Angleichung der Rechtsvor schriften der Mitgliedstaaten über die Kraftfahrzeug Haftpflichtversicherung, 90/232/ EWG, ABk. EG Nr. L129, vom 19.5.1990, S. 33.

[11] Übereinkommen des Europarates vom 1.2.1990 über die zivilrechtliche Haf tung für Schäden beim Transport gefährlichen Güter auf Strasse, Schiene und Binnen wasserstrassen. Вид. Transport Recht, 1990, S. 83 88, sowie das europäische (Lugano) Übereinkommen v. 21.6.1993 über die zivilrechtliche Haftung für Schäden durch Um weltgefährliche Tätigeit, BGBl 1994 II 2704. (Text in englische, französische und de utsche Sprache).

[12] Die Bedingungen für die Anwendung der zivilrechtliche Haftung des (Abfall) Erzeugers im Schadensfall oder der zivilrechtlichen Haftung aller sonstigen Personen fest (zulegen) die für die betreffende Schäden haftbar gemacht werden können. Vom 30. sept. 1988. Правни основ за овај Нацрт била је Директива Савета Европе од 1984, чл. 11, ст. 3. Вид. Richtlinie des Rates vom 6.12.1984 über Überwachung und Kontrolle in Gemeinschaft der Grenzüberstretendeen Verbringung gefährlichen Stoffe (84/EWG). Вид. ближе: Christian Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, BD: I, II, Verlag C. H. Beck, München, T I, 1996 и T II 1999, 97, 105, 381, 388, 389. О зборнику европских споразума о грађанскоправној одговорности за еколошке штете, вид. Kwiatowska *et al*. *Transbundary Movement and Disposal of Hazardous Wastes*, *International Law*, 1993. Истиче се потреба за хармонизацијом правила о грађанскоправној одговорности у области одговорности за еколошке штете.

3. ОСНОВНА ПРАВИЛА ЕВРОПСКИХ (НАЦИОНАЛНИХ) ЗАКОНА О АТОМСКИМ ШТЕТАМА

3.1. Немачко право

У новијој немачкој литератури објективна одговорност, будући да је независна од кривице, није заснована на одговорности за сопствене радње, већ на томе да је дошло до реализације неке опасности чије се порекло може „локализовати“ преко власништва, поседа или стављања у погон неке опасне ствари. Основ одговорности лица које је створило ризик заснована је на поседовању извора опасности и потреби за контролом над њим. Такве опасне ствари захтевају посебну пажњу, превенцију, ради спречавања наступања штете. Карактеристично обележје правних норми које уређују ову одговорност је што често прописују обавезно осигурање, али и ограничење одговорности у виду највишег износа накнаде.[13] Закон о грађанскоправној одговорности за атомске штете од 1985. године (*Atomgesetz)* позива се у том смислу на свој међународни основ, Париски споразум од 29. јула 1960. године о одговорности ималаца атомских електроенергетских постројења према трећим лицима, будући да хаварије могу имати прекогранично дејство,[14] као и на Бриселски споразум од 31. јануара 1963. године.[15] Овај закон упућује и на своју везу са заједничким европским Протоколом од 21. септембара 1988.[16] У самом закону наглашена је обавеза прибављања дозволе за инсталирање атомских постројења.[17] Потребно је уочити да је на немачко законодавство о одговорности за атомске штете видан утицај имао и Споразум о одговорности ималаца бродова на атомски погон, нарочито у погледу штета насталих због хаварије бродова са атомским погоном.[18] Такође је значајан утицај имао и Споразум о грађанскоправној одговорности за штете настале услед испуштања атомског материјала у море.[19] Сагласно међународним споразумима, немачки закон регулисао је начин одлагања радиоактивних материјала

[13] B. Hans Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, *BGB Kommentar*, Luchter hand, München 2007², 1543, § 823.

[14] Das Pariser Übereinkommen vom 29.7.1960 über die Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie mit Zusatzprotokoll vom 28.1.1984 (UNTS 956 S. 351, BGBl 1975 II, 59, 1007).

[15] Brüsseler Zusatzübereinkommen v. 31. 1963 BGBl 1985 II 963, und zwei wei teren Protokollen vom 16.11.1983. Вид. C. Bar, 379.

[16] BGBl (Bundesgesetzblatt, BRD) 2001 II, S, 202, 203.

[17] Atomgesetz, т. 9а.

[18] Das Übereinkommen vom 17.12.1971 über die zivilrechtliche Haftung der In haber von Reaktorschiffen nebst Zusatzprotokollen (BGBl 1986 II 690).

[19] Das Übereinkommen vom 17.12.1971 über zivilrechtliche Haftung bei Beförde rung von Kernmaterial auf See (BGBl 1975 II 957, 1026).

и уредио питање одштете у случају одузимања непокретности ради изградње или функционисања атомског постројења.[20] Главнина његових норми посвећена је решењима која се односе на одговорност ималаца атомских постројења[21] и обим накнаде у случају проузроковања смрти[22] или телесне повреде.[23] Закон предвиђа да се ове штете репарирају накнадом у облику новчане ренте на коју има право лице оштећено атомским дејством[24] и утврђује горњу границу висине накнаде по појединим законом признатим видовима штете.[25]

3.2. Аустријско право

Слично немачком, у аустријском праву је прихваћено да код штете прозроковане у вези са опасном ствари или делатношћу, уместо кривице ступа одговорност независна од кривице, заснована на узрочности (*Gärdungshaftung*).[26] Ипак, када је у питању одговорност за атомске штете по аустријском Закону о грађанскоправној одговорности за штету насталу услед радиокативног зрачења (*Atomhaftungsgesetz*) од 1999. године, усвојено је да предузетник (*Betriebsunternehmer*) атомског постројења одговара за штету проузроковану физичким лицима и њиховим стварима услед јонизирајућег (атомског) зрачења на основу претпоставке о кривици.[27]

У погледу опсега одговорности овај закон прописује да одговорно лице одговара за штете које настају услед радиоактивног дејства атомског материјала које су повезане са његовим отровним, експлозивним или другим опасним својством. Његова одговорност се не простире на штете које потичу од других атомских постројења, као и постројења у изградњи, ни на штете проузроковане од средстава транспорта атомског материјала.[28] Предузетник атомског постројења

---

20 Atomgesetz, § 9e.

21 Atomgesetz, § 25. Под „имаоцем“ (атомског) постројења се у принципу подразумева власник, али са њим се изједначава и закупац, под условом да се ради о дугорочном закупу или о лизингу као и под условом да је за то време закупац плаћао трошкове коришћења ствари односно постројења. Упор. § 833. BGB; § 2 Haftpflichtgesetz; § 1 Umwelthaftungsgesetz; § 22 I Wasserhaushaltsgesetza. Вид. Hein Kötz, Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, Luchterhand Wolters Kluwer, München 2006[10], 516 519.

22 Atomgesetz, § 28.

23 Atomgesetz, § 29.

24 Atomgesetz, § 30.

25 Atomgesetz, § 31.

26 Вид. нпр. Koziol Welser, *Grundriss dees Bürgerlichen Rechts, Band I Allgeme iner Teil und Schuldrecht*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 1995[10], 441.

27 Atomhaftungsgsesetz, § 9.

28 Atomhaftungsgsesetz, § 5, 1 и 2.

је обавезан да закључи уговор о осигурању од одговорности од штете. Овај уговор не може бити склопљен на рок који би био краћи од десет година, рачунајући од датума престанка рада атомског постројења.[29] Накнада штете се остварује по општим правилима садржаним у аустријском Општем грађанском законику.[30] Предузетник нуклеарног постројења одговара и за штету која је проузрокована изван дејства нуклеарног постројења, уколико је она повезана са постројењем.[31] Уведена је претпоставка узрочности за случај да се учини вероватним да је штета настала услед јонизирајућег дејства.[32] Накнада је ограничена на износ од 40.600 евра по лицу.[33]

Међутим, ималац, односно држалац (*Halter*) не одговора за штету ако докаже да су он и његови запослени предузели све што је потребно да до штете не дође, тј. да је у конкретним околностима поступао са дужном пажњом с циљем спречавања њеног настанка.[34] Тиме је основ одговорности релативизован, јер аустријски закон уместо одговорности без обзира на кривицу уводи одговорност засновану на релативној претпоставци о кривици. Одговорно лице се може ослободити одговорности ако докаже да је до штете дошло упркос дужној пажњи. Терет доказивања пада на њега. Ако се ради о употреби радионуклеида за медицинско лечење, поводом захтева оштећеног пацијента за накнаду штете довољан противдоказ је да је лечење зрачењем предузето сагласно стању науке и технике, и захтеву да до штете није дошло услед пропуста.[35]

3.3. Мађарско право

Закон о атомској енергији од 1996. године садржи, између осталог, дефиниције појмова који су меродавни и за успостављање одговорности за ову врсту проузроковања штете.[36] Под атомским штетама се подразумева имовинска штета која је последица смрти, повреде телесног интегритета или оштећења здравља људи.[37] Такође су утврђени појмови еколошке штете и разумних трошкова успостављања претходног еколошког стања. Дефинисан је и еколошки акцидент. То је сваки изванредни догађај који доводи до

[29] Atomhaftungsgsesetz, § 6.

[30] Atomhaftungsgsesetz, § 11, 1.

[31] Atomhaftungsgsesetz, § 3, 1, § 9, 1, § 5, 1.

[32] Atomhaftungsgsesetz, § 12, 1.

[33] Atomhaftungsgsesetz, § 11, 4.

[34] Atomhaftungsgsesetz, § 9, 2, прва реченица.

[35] Atomhaftungsgsesetz, § 9 ст. 2, друга реченица.

[36] ЗАЕМ, § 2, 1 39.

[37] ЗАЕМ, § 2, 24.

еколошке штете.[38] Одређена је и обавеза државе да води евиденцију и контролу радиоактивних и нуклеарних материјала.[39] Закон детаљно прописује начин одлагања нуклеарног материјала, односно нуклеарног отпада,[40] мере превенције од изванредних догађаја и мере за отклањање последица.[41] Његово пето поглавље садржи норме које регулишу одговорност за штете услед примене атомске енергије. Ималац нуклеарног постројења је обавезан да накнади атомску штету сагласно законским прописима. Екскулпација је могућа само у законом рестриктивно прописаним случајевима,[42] а уговорно ограничење одговорности је ништаво.[43]

У мађарској литератури истакнуто је да би сагласно водећим принципима прихваћеним у европском еколошком праву превенцију од штете требало остваривати путем претходне еколошке анализе и давања дозволе за сваки нови потенцијално еколошки опасан агломерат, уређај. Такође, наглашено је да принцип санације већ насталих еколошких штета треба да буде одржан у свим случајевима у којима је његова примена могућа.[44] Новија доктрина сматра да грађанскоправна одговорност за еколошке штете већим делом спада у ред посебних случајева грађанскоправне одговорности, а унутар тога, у одговорност од опасне ствари или опасне делатности, дакле у материју објективне одговорности.[45]

Каракатеристично је да је с циљем боље заштите оштећеног, ради унапређења његовог положаја, уведена солидарна одговорност ималаца опасних ствари које угрожавају животну средину. Према новијој судској пракси, за штете настале повредом или угрожавањем животне средине солидарно одговарају власник и поседник (корисник) непокретности или друге ствари чијим дејством је дошло до штете. Уведена је и претпоставка узрочности, али је она оборива. Наиме, допуштено је доказивање да еколошка штета није наступила услед дејства дате еколошки опасне ствари или делатности.[46] Терет доказивања пада на власника односно корисника.

---

[38] ЗАЕМ, § 2, 24.

[39] ЗАЕМ, § 12.

[40] ЗАЕМ, § 38.

[41] ЗАЕМ, § 42.

[42] ЗАЕМ, § 48, 1.

[43] ЗАЕМ, § 51.

[44] G. Bándi, 106 140.

[45] B. Tamás Fézer, *Kártérítési jog*, Complex Wolters Kluwer Csoport, Budapest 2010, 159, 206 210.

[46] Виши Главноградски суд у Будимпешти (Fővárosi Ítélőtábla), 3. Pf. 20 2443 од 3. јануара 2009. год. Грађанскоправна одговорност за штете поводом делатности

3.4. Општи поглед

У закључку овог дела могло би се рећи да је заједничка карактеристика правила свих анализираних закона о одштетноправној одговорности за атомске штете у томе да с циљем превенције штете наглашавају претходну и накнадну контролу постојећих нуклеарних постројења, као и њихову евиденцију.[47] Код изградње нових нуклеарних постројења наложена је претходна еколошка анализа планиране изградње. Она се састоји у анализи еколошког утицаја на животну средину (ваздух, вода, земљиште, људско здравље) која укључује постојеће емисије и њихово могуће садејство са евентуалним еколошким дејствима планираног новог атомског уређаја.

У случају наступања штете у виду смрти, телесног оштећења или оштећења здравља услед атомске хаварије или дејства јонизирајућег зрачења предвиђа се строжа одговорност имаоца, било путем апсолутне одговорности, то јест одговорности у случају садејства више силе, било путем претпоставке узрочности, за случај да постоји вероватноћа да је штета настала услед дејства атомског постројења. Тиме се олакшава положај оштећеног.

Међутим, апсолутна одговорност имаоца у погледу врсте штете и висине одштете није у свему „апсолутна“. Наиме, врсте штете и обим обештећења су лимитирани на законом прописане случајеве, тако да накнада и код признатих видова није потпуна. Тако, предвиђа се пре свега да се надокнађује материјална штета због проузроковања телесне повреде, смрти и оштећења здравља. Ако је последица проузрокована тренутно (примерице, наступила је тренутна смрт), предвиђа се законом лимитирана једнократна новчана накнада. Ако се, пак, штета појављује сукцесивно, на пример у виду изгубљене зараде због умањења радне способности услед телесног или здравственог оштећења, накнада се може одредити (као у немачком праву) у виду новчане ренте.

Нематеријална штета (на пример, психички бол услед губитка блиског лица) се у анализираним прописима *expressis verbis* не предвиђа. Додуше, у аустријском праву, које у недостатку императивних посебних правила Закона о атомској штети, предвиђа примену Грађанског законика, не би се могла искључити ни накнада нематеријалне штете.

Заједничко је и правило да је дужник накнаде録 ималац атомског постројења. Пажње је вредно правило упоредног права да је ималац обавезан да се осигура од одговорности за атомске штете, као и пра-

које угрожавају животну средину (Környezetet veszélyeztető tevékenységgel okozott károk megtérítése). Вид. T. Fézer, 206 210.

[47] Вид. Basil Markesinis, Simon Deakin, *Tort Law*, Clarenston Press, Oxford 1999, 26 29, 53, 426 427, 495.

вило да се законом одређена мера одговорности не може уговором искључити нити ограничити.

4. ФАВОРИЗОВАЊЕ АЛТЕРНАТИВНИХ ЕНЕРГЕСКИХ ИЗВОРА У ЕВРОПСКИМ ЗЕМЉАМА

Превенцији од потенцијалних атомских штета у ширем смислу доприноси и примена других обновљивих или необновљивих извора енергије, као што је енергија ветра, водних снага, биљних уља. Међутим, те алтернативе зависе од природних ресурса појединих земаља.

У европским земљама је учињен озбиљан напор да се, поред атомских енергетских потенцијала, уз њихову повећану контролу, паралелно фаворизују еколошки прихватљиви извори енергије, као што су снага ветра, водне снаге. У неким земљама (Холандија, Аустрија, Немачка), то је већ одавно практикован приступ. Истина, за сада се алтернативним изворима покрива само релативно мали део потребног енергетског потенцијала. Због тога, још увек доминира енергетски потенцијал фосилног порекла. Но, услед необновљивости, фосилни енергетски потенцијал је дугорочно ограничен и зато развијање алтернативних (обновљивих) извора енергије има посебни значај. Убрзавање овог развоја је битно утолико пре што су технолошки нееколошки коришћени фосилни извори енергије у великој мери допринели тешко сагледивим штетним (глобалним и локалним) еколошким последицама.

5. СРПСКО ПРАВО

У Републици Србији нема атомских постројења за производњу електричне енергије. То је еколошки посматрано, свакако добро. Али, то не значи да европска правила о апсолутној и релативној одговорности не треба да занимају српског законодавца у смислу хармонизације нашег права са правом Европске уније и у тој области. Другим речима, постоји потреба за доношењем посебних и целовитих прописа у области одговорности за атомске штете. Наиме, у нашој земљи постоје атомски (експериментални) отпадни материјали (у Винчи), као и медицински јонизирајући материјал (путем зрачења). Опасност од нуклеарне штете не постоји само поводом производње нуклеарне енергије, већ и због од одлагања нуклеарног отпада. Свеједно је што здравствено штетно дејство нуклеарног отпада није тренутно, већ дугорочно. Правно гледано, доказ о конкретном дејству односно о директној узрочности је повезан са тешкоћама.

Видели смо да неки закони европских земаља олакшавају терет доказивања узрочности у случају да се покаже вероватним да је до штете дошло услед дејства атомског постројења или зрачења. Но, ти закони указују и на превентиву, дакле на еколошку контролу нових и старих атомских постројења, укључив и атомске отпаде. Они тако дају подстицај развоју технологије неутралисања здравствено штетних дејстава атомских отпада. *Nota bene*: свакако и штетних дејстава других опасних и штетних, односно отровних материјала. У већини случајева, развој ових технологија има економско оправдање јер не изискује велике издатке, бар не онолике колика је цена накнаде и санације штете, тј. у дужем времену мерљиве последице.

У погледу важећег права чини нам се да су релевантна два закона од којих је један индиректно, а други директно везан за тему овог рада. Први је Закон о заштити животне средине.[48] Други закон је директније повезан са темом, а то је Закон о заштити од јонизирајућих зрачења и о нуклеарној сигурности.[49] Први закон, о заштити животне средине, је општи, те се подједнако односи на сва загађења, тако и атомска. Према том закону, загађење животне средине је уношење загађујућих материја у животну средину, изазвано људском делатношћу или природним процесима који имају или могу имати штетне последице на квалитет животне средине и здравље људи. [50] И следујуће дефиниције у овом закону су исправне, као што су дефиниције загађујућих материја,[51] оптерећења животне средине,[52] отпада,[53] опасних материја које се своде углавном на хемијске материје,[54] еколошких ризика,[55] удеса као изненадног неконтролисаног догађаја који настаје ослобађањем изливањем или распадањем опасних материја обављањем активности при производњи, употреби, преради, складиштењу или дуготрајном неадекватном чувању (хемијски удес)[56] и санације, као процеса (настојања у правцу) заустављања загађења.[57] Мада су дефиниције технолошки тачне, у закону нису из њих изведена сва потребна правила о грађанскоправној одговорности.

---

48 Закон о заштити животне средине ЗЗЖС, *Службени гласник РС*, бр. 135/04.

49 Закон о заштити од јонизирајућих зрачења и о нуклеарној сигурности ЗЗЈЗНС*, Службени гласник РС*, бр. 36/09.

50 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 11.

51 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 15.

52 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 16.

53 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 20.

54 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 21.

55 ЗЗЖС, чл. 3, ст 23.

56 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 24.

57 ЗЗЖС, чл. 3, ст. 25.

Конкретније су са поменутим питањима непосредније повезане и норме Закона о заштити од јонизујућег зрачења и нуклеарној сигурности. Овај закон одређује да носилац лиценце за обављање радијационе делатности, односно носилац лиценце за обављање нуклеарне активности одговара за штету насталу услед радијационе делатности или нуклеарне активности у складу са начелом објективне одговорности.[58] Уколико се не може утврдити носилац лиценце, трошкове деконтаминације и настале штете које је неопходно покрити сноси држава.[59] Ово решење могло би се критиковати. Наиме, цивилистички гледано, крајња консеквенца је у реду. Проблематично је, међутим, решење које подразумева да се у систему прописаних дозвола није могуће одмах утврдити носиоца „лиценце".

Ваљало би приметити да оба закона само делимично покривају одговорност за атомске штете. ЗЗЈЗНС прихвата објективну одговорност државе, ако се не зна ималац лиценце (што је *contradictio in adiecto*). То је проблематично, јер би ималац морао имати евиденцију о лиценци, код одговарајуће агенције. Обухваћена је само штета од радијације, али не и она која настане поводом атомског акцидента. Поред тога, оштећени има право на накнаду само када је штета настала услед последица оштећења, али не и када је наступила због телесне повреде и смрти. Нису уређена питања висине и облика накнаде. Отуда, чини нам се да су домаћи закони у погледу атомских штета недостатни, непотпуни и да нису довољно хармонизовани са заједничким европским правом.

6. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

На основу изведене анализе упоредно правних решења европских законодавства (Немачке, Аустрије, Мађарске) у погледу грађанскоправне одговорности услед дејства атомских постројења, може се констатовати да законодавства европских земаља уводе построжа правила о одговорности ималаца атомских постројења. То чине на два начина: или тако што се за поједине законом признате видове штете која настаје услед смрти, телесне повреде, оштећења здравља одговара и у случају садејства више силе, или пак тако што се уводи претпоставка узрочности у случају када постоји вероватноћа да је штета настала услед дејства атомског постројења (хаварије или јонизирајучег зрачења или поводом одлагања нуклеарног материјала).

Апсолутна одговорност је, дакле, одговорност за штете настале од дејства атомских постројења, која се не могу искључити чак

[58] ЗЗЈЗНС, чл. 39, ст. 1.

[59] ЗЗЈЗНС, чл. 39, ст. 2.

ни онда када је до штете дошло услед (са)дејства више силе. Услов је да се докаже да се штета може довести у везу с функционсањем атомског постројења. То би практично значило, на пример, да ималац постројења одговара за штету, ако је она проузрокована хаваријом атомског постројења услед земљотреса. Отуда се одговорност за атомске штете разликује од других случајева одговорности за опасне ствари или делатности, код којих је виша сила екскулпациони разлог. Указано је на прописе европских земаља везане за превенцију од атомских и других еколошких штета, која се остварује посреством информационе евиденције постојећих постројења, давања еколошке и технолошке дозволе и претходне еколошке анализе код изградње новог постројења.

Разликује се еколошка (атомска) штета у ширем смислу од еколошке (атомске) штете у грађанскоправном смислу. Прва се (генерално) санира, уколико је то могуће, а друга се накнађује у законом предвиђеном обиму, појединачно, сваком оштећеном лицу. Прва се реализује поводом већ насталих атомских еколошких штета ширих размера, пре свега, средствима из предвиђених фискалних фондова. Друга је одштетноправна обавеза власника атомског постројења, према оштећеним физичким лицима. Одговорност за атомске штете је посебан случај објективне одговорности због тога што у неким случајевима нема екскулпације због дејства више силе. Уједно, спада у ред посебних случајева грађанскоправне одговорности, због тога што код атомских штета постоје одступања од општих правила о грађанскоправној одговорности. У зависности од тога да ли је атомска штета настала услед хаварије, односно, услед повреде контракта, она може бити контрактуална или деликтна. У случају обавезног осигурања од одговорности за атомске штете, она спада у ред одговорности (осигураваjућег друштва) за штетне радње другог, уговорним преношењем одговорности. Уколико је закон одредио врсте штете и обим накнаде на императиван начин, уговорно ограничење или искључење одговорности је ништаво, као што је то случај у мађарском праву. Тиме се омогућава уговорни пренос ризика од атомске штете, уз плаћање одговарајуће премије осигурања од стране носиоца ризика од атомске штете. Иначе, у недостатку осигурања од одговорности, за атомске штете у свим анализираним правима примарно одговара ималац (привредник) атомског постројења, под којим се подразумева првенствено власник. Изузетно одговара и друго лице које га користи на основу трајних уговора, на пример закупац или корисник лизинга, уколико корисник за све време употребе атомског постројења сноси и трошкове његовог коришћења (немачко право). Код атомских штета лимитирана је висина одштете као и врста штете за коју штетник одговара (на пример, у аустријском праву). Некада се накнада материјалне штете одређује у једнократном

износу, а некада у виду ренте, у зависности и од тога да ли је штета „тренутна“, тј. да ли је наступила одједном (на пример, смрт) или је трајна (на пример, трајно обољење).

У погледу права Републике Србије запажа се недостатак посебног и целовитог законског уређења одговорности за настале атомске штете. Због тога би требало, до доношења нових законских прописа, да у овој области важе општа правила Закона о облигационим односима о објективној одговорности, тј. одговорности за опасне ствари и делатности. То би у случају евентуалне атомске штете значило да би ималац атомског постројења или лице које постројење користи на основу уговора са имаоцем одговарали по правилима о одговорности без обзира на кривицу. Одговорно лице би могло да се ослободи одговорности ако докаже да је штета настала због дејства више силе. Обим накнаде материјалне штете је одређен правилом Закона о облигационим односима о интегралној накнади, стварне штете и изгубљене добити. Оштећени би имао право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете за претрпљене физичке болове, за претрепљене душевне болове (на пример, због умањења животне активности или наружености) и страх. Право на правичну новчану накнаду за душевне болове у случају смрти или тешког инвалидитета имала би и лица блиска жртви атомских дејстава. По важећем праву, осигурање од одговорности за атомску штету имаоца или одлагаоца атомског материјала или постројења је факултативно. Видели смо, међутим, да решења упоредног права иду у правцу обавезног осигурања.

Dr. Jožef Salma/József Szalma

Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

LIABILITY FOR NUCLEAR DAMAGE

Summary

The main focus of this paper lies with the national laws of three European countries (Germany, Austria and Hungary), as well as the EU law, relating to liability for damage caused by nuclear plant. The aforesaid European countries have enacted legislation prescribing stringent rules on liability of the operators of nuclear plants, meaning that for some forms of legally recognized harm (death, injury, damage to health) the operator incurs liability, even if damage was caused by *force majeure*. This type

of strict liability, whereby *force majeure* is not reason for exculpation, provided that the damage could be related to functioning of the plant, is named absolute liability. In addition, some regimes introduce presumption of causality, when it is more likely than not that damage resulted from the effects of nuclear plants (or ionizing radiation, or secondary nuclear waste materials).

The author also analyzes national and European rules on prevention of nuclear and other environmental damage, which includes the creation of the registry of nuclear plants with relevant data on domestic and European operators, the mechanisms of control of the operators, the requirement of preliminary ecological analysis in the construction of new plants, etc. In addition, the author observes differences between nuclear damage in broad and in narrow sense. The former is, in principle, redressed generally, to the extent possible. The latter is commonly redressed individually, to the extent prescribed by statutes.

Key words**:** *Liability for damage. – Nuclear damage. – Absolute liability. – Relative liability. – Presumption of causation. – Limitation of indemnification*.

УДК 341.231.14-055.2 ; 341.48:343.433

Др Гордана Ковачек Станић[*]

ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ МЕЂУНАРОДНЕ, РОДИТЕЉСКЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ

У раду се проучавају породичноправни аспекти међународне отмице деце, који су регулисани Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце донете 1980. године, а ратификоване у Југославији 1991. године. Анализирају се две ситуације у примени Конвенције, и то: примена Конвенције када је дете одведено из друге земље уговорнице у Србију (или задржано у Србији), и друга, када је дете одведено из Србије у другу земљу уговорницу (или задржано у другој земљи). У овом моменту, у Србији је у току рад на изради закона којим ће бити прецизиран поступак у примени Конвенције. Специфичност домаћег породичног права је у томе што је одвођење или задржавање детета незаконито у свим ситуацијама у којима не постоји споразум родитеља о релокацији детета, без обзира на то да ли родитељи заједнички врше родитељско право или један родитељ самостално врши родитељско право, што представља проблем у разумевању и примени за иностране судове. Посебно се разматра једно изузетно значајно питање примене Конвенције, а ради се о основима за одбијање повратка детета. У пракси судова, па и Европског суда за људска права, питање утврђивања да ли је постојала сагласност другог родитеља је једно од најкомпликованијих, а од одговора на то питање зависи да ли је уопште дошло до отмице. У закључку, ауторка се, између осталог, залаже за примену медијације у случајевима отмице.

Кључне речи: *Међународна отмица деце. Хашка конвенција. Породично право Србије. Сагласност родитеља.*

---

[*] Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *gkstanic@eunet.rs*. Рад припада пројекту „Дете у породичном праву компаративни и међународноправни аспект“, који финансира Секретаријат за науку и технолошки развој Војводине, а презентован је на Конференцији *International Society of Family Law* (Међународно удружење за породично право) одржаног у Насау, Бахами, марта 2011, под називом *The Disintegration of Families: International Child Abduction* (Дезинтеграција породица: Међународна отмица деце). Тема Конференције: *The Legal and Social Consequences of the Disintegration and Reconstitution of Families* (Правне и социјалне последице дезинтеграције и поновног формирања породице).

1. УВОД

Међународна отмица деце настаје када се дете незаконито одведе или задржи у иностранству. Незаконито одвођење или задржавање најчешће се јавља тако што га изврши један од родитеља. Савремени начини живота укључују мобилност људи, често мењање државе боравка, пресељења у иностранство, закључивање бракова између лица различитог држављанства. Ови феномени би се могли окарактерисати као позитивне последице глобализације као савременог тренда. С друге стране, у случајевима развода бракова лица која су везана за различите државе, долази до родитељских отмица деце, праксе која је противна праву и најбољем интересу детета, те би се могло рећи да отмица деце представља пример негативне последице глобализације.

Грађанскоправне аспекте међународне отмице деце регулише Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце која је донета 1980. године. Конвенција је ступила на снагу 1983. године, ратификована је у СФР Југославији 1991. године.[1] У овом моменту има 87 држава уговорница Конвенције.[2] Основни циљ Конвенције је заштита детета од штетних последица незаконитог одвођења у иностранство или задржавања у иностранству. Заштита детета се пружа тако што се обезбеђује што хитнији повратак детета у земљу уобичајеног боравишта, те тако што се осигурава да се право на старање и одржавање личних односа које постоји у једној држави поштује и у другој држави уговорници, чл. 1 Конвенције.

С аспекта Србије као земље уговорнице Конвенције, примена Конвенције може се посматрати у две ситуације. Једна је када је дете одведено из једне државе уговорнице и доведено у Србију. У том случају Конвенцију примењују домаћи органи, који треба да обезбеде повратак детета у државу из које је одведено. Друга ситуација је када је дете одведено из Србије и доведено у другу државу уговорницу. Тада Конвенцију примењују органи те друге државе уговорнице, који треба да обезбеде повратак детета у Србију. У тој ситуацији је од изузетне важности да инострани органи правилно примене домаће породично право, нарочито приликом утврђивања да ли се ради о незаконитом одвођењу и задржавању (отмици), када је потребно применити Конвенцију, или то није случај, јер одвођење или задржавање није било незаконито. У оба случаја се може тражити и да се обе-

[1] Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међуна родне отмице деце, *Службени лист СФРЈ,* бр. 7/91 *Међународни уговори* Конвен ција.

[2] Сајт Хашке конференције за међународно приватно право *http://www.hcch.net/index en.php?act conventions.status&cid 24*, 17. мај 2012.

збеди остварење одржавања личних односа детета са родитељем који није извршио отмицу.

2. ПРИМЕНА КОНВЕНЦИЈЕ КАДА ЈЕ ДЕТЕ ОДВЕДЕНО ИЗ ЈЕДНЕ ДРЖАВЕ УГОВОРНИЦЕ У СРБИЈУ

Ратификовани међународни уговори у домаћем праву представљају непосредан извор права на основу устава. У Уставу Србије из 2006. године се каже да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, али да потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом (чл. 16).[3] Ако међународни уговор садржи норме који домаћи судови и други належни органи могу непосредно примењивати, органи се могу позвати на ове одредбе без обзира да ли су преузете домаћим законима. У пракси се, међутим, често доносе закони којима се преузимају најважнија решења међународних уговора, да би се олакшала њихова примена у пракси.

Како је већ речено, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце је ратификована у СФР Југославији 1991. године. Међутим, у поступку ратификације Конвенције дошло је до одређених пропуста. На првом месту, пропуштено је да се у Закон о ратификацији унесе преамбула Конвенције, а која чини саставни део

---

[3] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06. Део одредбе по коме потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, хијерархијски домаће право поставља изнад међународног, а што се у уставноправној теорији сматра дискутабилним. Са становишта европских интеграција устав би требало да садржи тзв. интегративну клаузулу која јасно и недвосмислено ставља до знања да примат има међународно над унутрашњим правом. Осим тога, Устав је унеколико и контрадикторан јер се у чл. 18/2,3 предвиђа:

„Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, саглас но важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење".

Такође, Устав је предвидео поступак накнадне оцене уставности, дакле оцену уставности већ ратификованих међународних уговора, а пропустио да предвиди по ступак претходне оцене уставности (чл. 167, ст.1, тач. 2). Дакле, Уставни суд про глашава неуставним већ ратификован уговор, уместо да се пре ратификације утврди да ли је уговор неуставан, па ако јесте, не би га требало ни ратификовати, или би се ратификовао уз резерве, ако су могуће.

ове конвенције. Други пропусти су настали при превођењу. Тако, у чл. 3 у оригиналном тексту услови из тач. а и тач. б треба да буду испуњени кумулативно, јер у енглеском тексту постоји *and* (и), што је у тексту на српском језику изостало, па може доћи до недоумице да ли се услови примењују кумулативно или алтернативно. Осим тога, неки правни термини су преведени погрешно. Термин *habitual residence* се преводи као стално настањење, а ради се о уобичајеном (редовном) боравишту, усвојеном термину у међународном приватном праву, *joint custody* се преводи као колективно старање, а ради се о заједничком старању (*alone custody*) преводи се као појединачно старање, мада се ради о самосталном старању.

Министарство правде је донело одлуку да се изради посебан закон о примени Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. У овом моменту сачињена је радна верзија закона који има назив: „Закон о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања“.[4] Један од разлога за доношење овог закона је неуједначена пракса судова у Србији кад се ради о примени Конвенције. Неки судови решавају захтеве по Конвенцији у парничном, неки у ванпарничном, а неки у извршном поступку. Други разлог је што се у судској пракси не поштују увек захтеви хитног поступања, односно рокови за доношење одлуке о повратку детета утврђени Конвенцијом (рок је 6 недеља, чл. 11 Конвенције). Осим тога, примећена је спорост у спровођењу поступака за обезбеђење остварења личних односа детета са родитељем од кога је противправно одведено. У упитнику о међународној примени Конвенције апострофира се Србија као земља са којом се тешко успоставља контакт или уопште нема сарадње у примени Конвенције (тако се наводи у одговорима које су дале Уједињено Краљевство и Немачка).[5]

Садашња радна верзија Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања садржи поступак, односе и овлашћења централног извршног органа и других органа и служби који учествују у поступку (полиција, суд, тужилаштво, орган старатељства), као и на друга питања. Приликом ратификације Конвенције одређено је да централни извршни орган у домаћем праву буде орган управе надлежан за послове правосуђа (тада савезни, јер је држава била федералног типа). Данас је у Републици Србији централни извршни орган Министарство правде.

У тексту радне верзије Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања Србије, термин

[4] Ауторка овог чланка је чланица Радне групе за израду овог закона.

[5] Подаци из материјала који су коришћени у раду Радне групе, а добијени од Министарства правде.

отмица се не користи, него се уместо овог термина користи дефиниција отмице – незаконито прекогранично одвођење и задржавање. У преводу Конвенције на српски језик користи се термин међународна отмица деце. У оригиналном тексту термин је енг. *abduction* односно фр. *enlèvement.* Постоји бојазан да у српском језику термин међународна отмица деце може да изазове конфузију и да се поистовети са отмицом као кривичним делом, у смислу киднаповања детета ради остварења користи (на пример плаћање „откупа“) од стране трећег лица. Дугогодишња примена Конвенције у међународним размерама, довела је до прихватања овог термина, тако да се чини да би термин *отмица* требало употребљавати и у српском језику (у недостатку бољег). Термин *отмица* би се могао користити уз придев родитељска, иако он није до краја прецизан, с обзиром на то да отмицу може извршити не само родитељ, него и неко друго лице, па чак и установа која се стара о детету. Случајеви отмице детета коју чини треће лице, а не родитељи, су, међутим, углавном непознати у судској пракси, тако да придев родитељска правилно осликава случајеве који настају у пракси.

С обзиром на то да је пракса показала несналажење судија у овим поступцима, законом се предлаже одређивање концентрације надлежности, тако да би само неколико судова одлучивало о захтевима по Конвенцији. Предлаже се надлежност судова у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу, и то основних судова, а због тога што је претежна надлежност у породичним споровима у домаћем праву дата основним судовима (развод брака, правне последице развода брака, правне последице прекида заједничког живота и ванбрачне заједнице), тако да судије основног суда већ суде у сличним поступцима и имају специјализацију из области права детета, коју је прописивао као обавезну Породични закон из 2005. године (чл. 203, ст. 2).[6] Судије судова који буду одређени као надлежни требало би да имају могућност да се посебно специјализују у области отмице деце. За одлучивање о жалби на одлуку првостепеног суда стварно би био надлежан Апелациони суд у Београду, а који би судио у већу од тројице судија. Специјализација је предвиђена и за друге учеснике у поступку – адвоката који заступа дете (чл. 31, ст. 2) и припаднике полиције који пружају помоћ суду, централном извршном органу или

[6] У међувремену је донет Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/011, који у чл. 507, ст. 2 предвиђа да даном ступања на снагу овог закона престаје да важи чл. 203 Породичног закона, тако да је одредба о неопходној специјализацији судија стављена ван снаге. Ово решење се може окарактерисати као ретроградно. Наиме, у упоредном праву велики значај се придаје породичним споровима, што се огледа у формирању некада посебних одељења или чак и посебних судова, док се у Србији сматра да није потребна чак ни специјализација судија у оквиру судова опште надлежности.

органу старатељства у обављању њихових надлежности у поступцима који се воде у складу са овим законом (чл. 56, ст. 4).

Радна верзија Закона садржи пет поглавља. У првом поглављу (чл. 1–3) систематизоване су одредбе о предмету уређивања и значењу основних појмова, као што су појам незаконитог прекограничног одвођења и задржавања и појам уобичајеног боравишта детета. Друго поглавље (чл. 4–18) садржи одредбе о централном извршном органу, његовим пословима, поступку који се спроводи по пријему замолнице за враћање детета, као и његовим овлашћењима и односу са другим органима и службама који учествују у поступку (полиција, суд, тужилаштво, орган старатељства), мерама које предузима ради спречавања могућих опасности и штете по дете или пристрасности у односу на једну од заинтересованих страна, подстицању споразумног решавања питања повратка детета, обезбеђивању примарне правне помоћи и покретању механизма судског решавања питања повратка незаконито одведеног или задржаног детета. Треће поглавље (чл. 19–53) уређује судски поступак за повратак незаконито одведеног или задржаног детета, врсту поступка, процесна начела, надлежност и састав суда, посебна правила поступка, укључујући рокове за предузимање одређених процесних радњи, трошкове, заступање, одлучивање, правне лекове и извршење донетих одлука. Четврто поглавље (чл. 54–56) уређује овлашћења и рад помоћних органа суда – полиције и органа старатељства у поступцима по замолници за повратак детета, док су у петом поглављу (чл. 57, 58) систематизоване прелазне и завршне одредбе.

Ради осигурања поштовања кратких рокова за поступање по замолницама поднетим у складу с Конвенцијом, прописано је да су сви државни и други органи и јавне службе дужни да хитно поступају по захтевима централног извршног органа (Министарства правде) у вези са замолницом поднетом на основу Конвенције. Осим тога, имају обавезу да централни извршни орган обавештавају о важним радњама предузетим у поступку који се води у вези са замолницом или о сметњама за његово спровођење. Надаље, предвиђа се да се све одлуке које у поступцима прописаним овим законом донесу судови и други надлежни органи и службе у Републици Србији обавезно одмах достављају централном извршном органу. Ово је предвиђено због тога што тај орган, сагласно чл. 6 и 7 Конвенције, има обавезу да активно и непосредно сарађује са централним извршним органима држава чланица Конвенције ради обезбеђивања узајамне размене информација које се односе на примену Конвенције, као и ради уклањања свих препрека за њену примену и остваривање циљева Конвенције, а дужан је и да такву сарадњу стално унапређује (чл.

4–6). У погледу правила судског поступка, прецизирано је, када је реч о избору метода правне заштите, да се поступак за повратак детета води као ванпарнични. Посебна ванпарнична процедура уређена је фрагментарно, применом уобичајеног метода нормативне технике, тако што су прописана само специфична и нужна одступања од опште ванпарничне процедуре, док се у свему другом у том поступку примењују опште одредбе закона којим се уређује ванпарнични поступак. С циљем осигурања нарочите хитности, нормирана је забрана упућивања учесника на парницу у овом поступку, те је предвиђено да се не примењују ни правила ванпарничног поступка која се односе на поступање по неблаговременој жалби. С обзиром на захтев из Конвенције за хитним спровођењем поступка, односно за окончањем одговарајућег судског поступка у року од највише шест недеља од његовог покретања (чл. 11 Конвенције), прописано је да је судски поступак за повратак незаконито одведеног или задржаног детета нарочито хитан. Нарочита хитност поступка обезбеђује се кроз одредбе о: заказивању рочишта (чл. 42), правилима позивања на рочиште и последицама изостанка (чл. 43), правилима која се примењују код одбијања пријема позива и код промене адресе странке (чл. 44), роковима за доставу писменог отправка решења (чл. 48), року за изјављивање жалбе и искључењу неблаговремене жалбе, дејству жалбе, поступању првостепеног органа по жалби, року за доношење одлуке по жалби (чл. 49–51), искључењу ванредних правних лекова (чл. 24). Према предложеном решењу, рокови за предузимање одређених радњи, а које одређује суд, не могу бити дужи од три дана, осим ако овим законом није друкчије одређено, а противно поступање сматра се несавесним и нестручним поступањем судије, у смислу одредаба закона којим се уређује обављање судијске функције (чл. 20). У овом поступку доминира истражно начело. Ради заштите детета током трајања поступка, предвиђена је могућност издавања привремених мера.

Законом се регулише и подстиче добровољни повратак детета и споразумно решавање питања повратка путем медијације или на други миран начин. Обавезује се централни орган и орган старатељства да предузимају све потребне мере да се то постигне (чл. 14 и 15). Споразум о повратку детета, закључен у току поступка по замолници пред Централним органом или органом старатељства, доставља се без одлагања надлежном суду који по службеној дужности доноси решење о прихватању тог споразума ако процени да је тај споразум у најбољем интересу детета.

3. ПРИМЕНА КОНВЕНЦИЈЕ КАДА ЈЕ ДЕТЕ ОДВЕДЕНО ИЗ СРБИЈЕ У ДРУГУ ДРЖАВУ УГОВОРНИЦУ

Међународна, родитељска отмица деце настаје када родитељ незаконито одведе или задржи дете у другој земљи, различитој од земље уобичајеног боравишта (пребивалишта) детета. Да ли је одвођење или задржавање незаконито или није зависи од унутрашњег породичног права земље у којој дете има уобичајено боравиште. Да би се утврдило када је одвођење или задржавање незаконито ако је дете одведено из Србије, потребно је анализирати одредбе Породичног закона, којим се регулише вршење родитељског права. [7]

По ПЗ вршење родитељског права може бити заједничко или самостално.[8] Заједничко вршење родитељског права је облик старања који је карактеристичан за родитеље који воде заједнички живот (ако су формално и фактички у браку, или у ванбрачној заједници). У свим савременим правима, брачни родитељи који живе заједно се заједнички старају о деци. До промене у облику старања може доћи због промене брачног статуса након развода (поништаја) брака или у случају прекида заједнице живота, када један од родитеља може добити самостално вршење родитељског права. Слично је и када се ради о ванбрачним родитељима, најчешће се ванбрачна мајка самостално стара о детету, ако није успостављена ванбрачна заједница. Савремена тенденција компаративног породичног права, међутим, иде у правцу одвајања установе родитељског старања од статуса родитеља (брачни, ванбрачни, разведени родитељи) и њихових фактичких међусобних односа (непостојање или престанак заједнице живота), тако да родитељско старање остаје заједничко, без обзира на развод брака или прекида заједнице живота родитеља.

Родитељи који су у браку аутоматски стичу родитељско право у време рођења детета. Ако нису у браку, мајка стиче родитељско право аутоматски у моменту рођења детета, а отац након утврђеног очинства (признањем или у судском поступку). Ако родитељи воде заједнички живот, родитељско право врше заједнички и споразумно, на исти начин било да су у браку, било да нису закључили брак.

У случају развода брака родитеља, заједничко старање је уједно начин да се избегну конфликти око поверавања детета, на-

[7] Породични закон ПС, *Службени гласник РС*, бр. 18/05. Председница Комисије која је сачинила Закон је проф. др Марија Драшкић, а ауторка овог чланка је била чланица Комисије.

[8] О томе више у: Гордана Ковачек Станић, „Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године“, *Саветовање „Ново породично законодавство“*, Врњачка Бања: Правни факултет, Центар за породично право, 16 17. октобар, 2006, Крагујевац,, 269, те у: Гордана Ковачек Станић, „Заједничко вршење родитељског права“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 1 2/2006, 32.

рочито у време трајања бракоразводног поступка. Овај период је често најнепогодније време за доношење важних одлука као што је поверавање детета, јер је у време поступка евентуална тензија између родитеља најјача. Овакво решење је и теоријски доследно, јер третира родитељство као специфичну и самосталну правну категорију која не зависи од промене околности или промене у правном статусу родитеља као последице развода брака. Имплицитно, тиме се у центар родитељских односа поставља дете, а не родитељи.

Породични закон Србије први пут уводи могућност заједничког вршења родитељског права и када родитељи не живе заједно (чл. 75, ст. 2 ПЗ). Заједничко вршење родитељског права могуће је, дакле, после развода брака, али и у другим ситуацијама када родитељи не воде заједнички живот (прекид заједнице живота који није довео до развода брака, поништај брака, престанак ванбрачне заједнице, или у случају када није ни била успостављена заједница живота).

Услов за заједничко старање у овим ситуацијама је писмени споразум родитеља, којим се родитељи детета писмено саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у најбољем интересу детета. [9] Саставни део споразума о заједничком вршењу родитељског права јесте и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета, чл. 76, ст. 2 ПЗ.

Оваква формулација садржине споразума оставља родитељима велику слободу, јер им омогућава да се договоре о питањима везаним за дете на начин који највише одговара њиховој, сасвим конкретној ситуацији. Једино постављено ограничење је обавеза родитеља да постигну споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета. Ради се о томе да се у циљу правне сигурности, а првенствено омогућавања несметаног правног промета (достављање правних докумената, обавештавање родитеља итд.) одреди пребивалиште, а које прати адреса детета. По мишљењу Комисије која је сачинила Нацрт Породичног закона, ово ограничење не спречава родитеље да се договоре о тзв. фактичком заједничком старању. Фактичко заједничко старање подразумева да дете живи са оба родитеља и оно представља једну од компонената заједничког старања у упоредном праву. Дакле, било би могуће да дете има подељено боравиште (и код мајке и код оца).

Породичним законом Србије се фаворизује споразум родитеља о вршењу родитељског права и његово постизање олакшава кроз поступак нагодбе. Нагодба је једна од фаза поступка посредовања, који

---

[9] О садржини најбољег интереса детета више Вељко Влашковић, „Проблем одређивања садржине најбољег интереса детета“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 1/2012, 349.

се састоји од две фазе, мирења и нагодбе (чл. 229–246 ПЗ). Сврха нагодбе је да се поремећени однос супружника разреши без конфликта након поништења или развода брака (чл. 241, ст. 1 ПЗ). Суд, односно установа којој је поверен поступак посредовања, настојаће, између осталог, да супружници постигну споразум о вршењу родитељског права (чл. 241, ст. 2 ПЗ).

Проширење круга установа које су овлашћене за спровођење поступка посредовања требало би да допринесе квалитетнијем и ефикаснијем спровођењу овог поступка, те да мотивише супружнике да, ако мирење не успе, постигну споразум о најважнијим последицама развода брака, а пре свега о последицама везаним за њихову малолетну децу. Ипак, родитељи нису у потпуности самостални у одлучивању о вршењу родитељског права. Законодавац је показао опрез, с циљем да и у овој ситуацији заштити интерес детета, а с обзиром на то да установа заједничког вршења родитељског права представља новину у домаћем праву. Према решењу усвојеном у ПЗ, суд процењује споразум, па ако процени да је споразум у најбољем интересу детета уноси га у изреку пресуде о разводу брака (чл. 75, ст. 2 и чл. 225, ст. 1 ПЗ).

На основу изложеног, произлази да се по домаћем породичном праву заједничко вршење родитељског права може стећи на основу закона, те на основу судске одлуке, којој претходи споразум родитеља.

Један родитељ сам врши родитељско право када је други родитељ непознат или је умро или је потпуно лишен родитељског права односно пословне способности. Један родитељ сам врши родитељско право када само он живи са дететом, а суд још није донео одлуку о вршењу родитељског права. Један родитељ сам врши родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот. То су следеће ситуације: родитељи нису закључили споразум о вршењу родитељског права или су закључили споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, али суд процени да тај споразум није у најбољем интересу детета, или су закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права и суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета (чл. 77 ПЗ). Споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум родитеља о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Споразумом се преноси вршење родитељског права на оног родитеља коме је дете поверено (чл. 78, ст. 1, 2 ПЗ). Дакле, и самостално вршење родитељског права се може стећи на основу закона и судске одлуке, којој може претходити споразум родитеља.

Најзначајније питање везано за отмицу детета је на који начин се доноси одлука о пребивалишту (уобичајеном боравишту) детета, односно о релокацији детета.[10] Ако се родитељско право врши заједнички, родитељи заједнички и споразумно одлучују о свим питањима везаним за дете. Ако један родитељ самостално врши родитељско право, други родитељ (који не врши родитељско право) има право да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Питањима која битно утичу на живот детета, у смислу Породичног закона, сматрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, *промена пребивалишта детета* и располагање дететовом имовином велике вредности (чл. 78, ст. 3, 4 ПЗ).

То значи да ће по домаћем породичном праву одвођење или задржавање бити незаконито у свим ситуацијама ако не постоји споразум родитеља о промени пребивалишта (уобичајеног боравишта).[11] Може се рећи да су прописи Србије по овом питању врло строги. Поставља се питање на који начин би се могло променити пребивалиште детету, а да та промена не буде незаконита, тако да пресељење са дететом не представља отмицу. Судска пракса стоји на становишту да суд не може да замени споразум родитеља својом одлуком и дозволи пресељење детета у другу државу у спору који се води поводом вршења родитељског права, те да родитеља који ускраћује сагласност на промену пребивалишта треба лишити родитељског права.[12] Тачно је да према Породичном закону суд нема експлицитно

[10] О томе раније, у време важења Закона о браку и породичним односима из 1980. године у: Гордана Ковачек Станић, „Пресељење детета у иностранство са једним родитељем породичноправни аспект“, *Правни живот* 9/1998, 683.

[11] У једном случају из судске праксе ауторка овог чланка је замољена од стране британских адвоката, адвоката мајке и адвоката оца заједно, да као експерт да мишљење о томе да ли је дошло до повреде Конвенције. Радило се о случају малолетне девојчице, рођене 1999. године у Лондону из ванбрачне заједнице З. М., српског држављанина и Р. Д. С. британске држављанке, који су се након рођења детета преселили у Београд. После прекида ванбрачне заједнице девојчица је поверена мајци на старање, решењем Центра за социјални рад у Београду. Мајка је са ћерком отпутовала у Велику Британију где је остала и уписала дете у школу. Отац је поднео захтев суду, сматрајући да је мајка незаконито одвела дете у Велику Британију, с обзиром на то да се он није сагласио са пресељењем, те да је повређена Конвенција о отмици. Суд у Лондону је применио српско право. У датом мишљењу ауторка је навела да сматра да је повређена Конвенција о отмици, јер је отац по тадашњем ЗБПО, (тако и по ПЗ) имао право да споразумно одлучује са мајком о битним питањима везаним за дете, а једно од битних питања је пресељење у иностранство. На основу датог мишљења Суд у Лондону је донео одлуку којом је утврдио да је дошло до повреде Конвенције.

[12] Решење Врховног суда Србије, Рев. 2557/06 од 1.3.2007. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије,* бр. 2/2007, Intermex, Београд. Из образложења:

овлашћење да доноси одлуке уместо родитеља када су родитељи у сукобу, али овим законом је регулисан посебан поступак, поступак за заштиту права детета, који би се могао покренути у оваквом случају, а у коме би суд требало да процени да ли је у најбољем интересу детета да му се промени пребивалиште или не (чл. 261–263 ПЗ).[13]

4. ОСНОВИ ЗА ОДБИЈАЊЕ ПОВРАТКА ДЕТЕТА ПРЕМА КОНВЕНЦИЈИ

Отмица постоји у случајевима незаконитог одвођења или задржавања детета. Одвођење или задржавање сматра се незаконитим (чл. 3, ст. 1 Конвенције):

а) ако представља повреду права на старање које је добило лице, институција или било које друго тело, заједнички или само-

„Нижестепени судови су одбили тужбени захтев за измену дела одлуке општинског суда у ... о начину вршења родитељског права у смислу одвођења малолетног детета у иностранство од стране мајке, уз претходну писмену сагласност и одобрење оца, а усвојили противтужбени захтев којим је тужена тражила да се обавеже тужилац да се сагласи са променом пребивалишта детета, тј. његовог одвођења у иностранство, коју изјаву о сагласности ће у случају противљења заменити ова пресуда, те је обавезана тужена да омогући одржавање контакта оца и детета на начин ближе описан у изреци одлуке.

Овакав закључак засновали су на чињеници да у конкретном случају не постоји споразум родитеља малолетне Н., рођене 15.12.1998. године, у погледу промене пребивалишта детета додељене на чување, бригу и васпитање мајци, ради одласка са мајком у иностранство.

Ревизијом се основано указује да су нижестепене одлуке захваћене битном повредом одредаба парничног поступка из чл. 361, ст. 2, тач. 12 ЗПП јер су разлози нижестепених пресуда нејасни и противречни и да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено, с обзиром да побијане одлуке не садрже разлоге о свим битним чињеницама за оцену основаности захтева тужбе за измену одлуке о вршењу родитељског права, односно делимичном лишавању родитељског права тужиоца у смислу чл. 82, тач. 1 и 4 у вези са чл. 273, тач. 2 Породичног закона, ако би то био захтев противтужбе, којима је прописано да родитељ који не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

У поновном поступку првостепени суд ће отклонити речене недостатке, наложити уређење тужбе у погледу захтева противтужбе који може бити усмерен на делимично лишавање родитељског права, а не на доношење одлуке која замењује сагласност родитеља за одвођење малолетног детета у иностранство или о делимичном лишавању родитељског права одлучити по службеној дужности у спору који се води поводом вршења родитељског права, у изложеном смислу употпунити чињенично стање и донети закониту и правилну одлуку".

[13] Слично мишљење изражено у Марија Драшкић, „Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: Спорно становиште Врховног суда Србије", *Анали ПФБ* 1/2012, 366.

стално, по закону државе у којој је дете имало уобичајено боравиште пре одвођења или задржавања; и

б) ако су се у време одвођења или задржавања та права остваривала, заједнички или самостално, или би се остваривала да није дошло до одвођења или задржавања.

„Права на старање... могу се стећи пре свега спровођењем закона, или на основу судске одлуке или управне одлуке, или на основу споразума који има правно дејство по закону односне државе“, чл. 3, ст. 2.

Право на старање укључује питање промене уобичајеног боравишта детета, односно релокацију детета.[14] Неки аутори поистовећују релокацију и отмицу детета, сматрајући да се ради о две стране истог питања, док други са правом указују да се ради о различитим правним питањима. Постоји мишљење да рестриктивнији прописи о релокацији као последицу имају повећање броја отмица детета, јер прописују строже услове за закониту промену уобичајеног боравишта детета, које је теже поштовати, те због тога родитељи чешће чине отмицу. Ауторка *Marilyn Freeman* (Мерилин Фриман) има другачији став, сматрајући да је овакво размишљање сувише симплификовано, те да повећање броја отмица није нужно последица мање либералног приступа везаног за релокацију.[15] Тачно је да строжи прописи о релокацији, а који могу да подразумевају услов сагласности оба родитеља да се детету промени уобичајено боравиште, отежавају доношење одлуке о релокацији. Ипак, строжи прописи о релокацији не оправдавају родитеља који је незаконито одвео или задржао дете. Пре него што одведе или задржи дете, родитељ би требало да употреби правна средства која су му на располагању, тако да избегне незаконитост свог поступка. У контексту последица које отмица оставља на дете, родитеље и ширу породицу, а које могу бити не само краткорочне, него и дугорочне, истиче се да је превенција много боља од лечења (по речима судије *Mr Justice Singer*-а).[16]

Конвенцијом су предвиђени случајеви у којима суд или управни орган може одбити захтев за повратак детета и поред тога што постоји отмица. То су следеће ситуације:

---

[14] Више о релокацији у пракси Аустралије у Patrick Parkinson, „Judy Cash more, Judy Single, The Need for Reality Testing in Relocation Cases“, *Family Law Quaterly* 44, 1/2010 2011.

[15] Marilyn Freeman, „International Child Abduction: is it all Back to Normal Once the Child Returns Home?“, *Interntaional Family Law* 39/2011. У овом чланку ауторка износи резултате истраживања о последицама које отмица оставља на децу, родитеље, те ширу породицу.

[16] *Ibid.,* 50.

- уколико се може доказати да се родитељ сложио или да је накнадно пристао на одвођење или задржавање детета (чл. 13, ст. 1, тач. а);
- ако постоји озбиљна опасност да би повратак детета изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми, или да би на други начин довео дете у неповољан положај (чл. 13, ст. 1, тач. б);
- ако је дете одговарајућег узраста и зрелости и одбија повратак (13, ст. 2);
- ако је поступак повратка започео више од годину дана након одвођења, а дете се у међувремену прилагодило новој средини (чл. 12);
- ако би повратак представљао кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе којој је захтев упућен (чл. 20).

Када се ради о првој ситуацији, проблем постоји у доказивању чињенице да се родитељ сложио или да је накнадно пристао на одвођење или задржавање детета. У оригиналном тексту користи се енглески термин *acquiesced*. У преводу на српски језик овај термин је преведен као пристанак. Термин *acquiesced*, међутим, значи прећутан пристанак или помирење са околностима, што у пракси отежава доказивање да ли је родитељ накнадно пристао на одвођење или задржавање детета. Логично је да ће тај родитељ тврдити да он није накнадно пристао на одвођење или задржавање детета, јер када би сматрао да јесте, не би ни покренуо поступак за враћање детета.

У енглеској правној теорији и судској пракси изражено је мишљење да је најважнији принцип у вези са постојањем прећутне сагласности из чл. 13 Конвенције питање стварне субјективне намере родитеља коме је учињена неправда одвођењем или задржавањем детета, а не перспектива спољњег света о томе. Стварна намера се може утврдити из понашања, а сасвим нешто друго било би импутирање намере која никада није постојала. Други принцип неминовно прати први, а то је да је прећутни пристанак питање чињеница које судија треба да утврди на основу материјала који има пред собом, а терет доказивања је на родитељу који је незаконито одвео или задржао дете. Ипак, формулисан је изузетак од генералног принципа да је прећутни пристанак искључиво питање субјективне намере.

„Ако речи или радње родитеља коме је учињена неправда одвођењем или задржавањем детета јасно и недвосмислено показују и наводе другог родитеља да верује да се родитељ коме је учињена неправда није позвао, и да се неће ни позвати на право на скраћени поступак повратка детета и да се са таквим повратком не слаже, пра-

вично је сматрати да се тај родитељ прећутно сагласио“. Наглашено је да позивање на овај изузетак треба да постоји само у врло ретким случајевима у којима је судија уверен да се родитељ коме је учињена неправда у ствари није прећутно сагласио, али је његово касније понашање указивало на супротно, у већини случајева понашање ће указати на праву намеру.[17]

Случај *Carlson vs. Switzerland* пред Судом за људска права у Стразбуру, пример је у којем се, као најбитније питање у поступку покренутом по Конвенцији, разматрало питање постојања сагласности другог родитеља.[18] Тужилац је покренуо поступак пред Европским судом за људска права у Стразбуру тврдећи да у поступку који је покренуо пред швајцарским правосуђем у намери да врати своје дете нису поштовани чл. 6, 8, као и чл. 14 Конвенције о људским правима. Тужилац је амерички држављанин, ожењен швајцарском држављанком, а живели су у САД, где се родио њихов син. Родитељско старање имала су оба родитеља. Тужена је отпутовала са сином у Швајцарску, где је остала и где је покренула поступак за развод брака, док је тужилац са своје стране поднео захтев за развод брака пред америчким судом. Суд у Швајцарској је привремено поверио дете мајци на чување. Тужилац се обратио суду у Швајцарској позивајући се на Хашку конвенцију, захтевајући моментални повратак свог сина у САД. У прилог свог захтева, он је прецизирао да је његова супруга заједно са дететом отпутовала у Швајцарску у јулу 2005. године на годишњи одмор, као из здравствених разлога, а да је тужилац требало да им се придружи и проведе две недеље свога годишњег одмора. Након боравка у Швајцарској, тужилац се сам вратио у САД, а непосредно пре његовог поласка, тужена му је предала споразум о разводу, који је он сматрао неприхватљивим и који је одбио да потпише. Суд у Швајцарској је одбацио захтев тужиоца којим се тражи повратак детета у САД, сматрајући да је тужилац дао своју сагласност за пресељење и за невраћање детета, а што би отклонило незаконити карактер понашања тужене (чл. 13, ст. 1, тач. а Хашке конвенције). Суд је установио да тужилац није у стању да поднесе доказе у прилог своје тврдње према којој је он заиста одобрио привремени боравак мајке у Швајцарској, али само под условом да се дете врати у САД када се боравак и лечење у Швајцарској заврше. Након тога, тужилац је покренуо поступак пред апелационим судом, а после и пред Федералним судом, али су његове тужбе одбијене. Апелациони суд је сматрао да је супротна странка успела да докаже на убедљиви начин, да се тужилац сложио са тим да се дете на неодређено вре-

[17] Rebecca Bailey Harris, „Acquiescence under the Hague Convention on Interna tional Child Abduction“, *The Law Quaterly Review* 113/1997, 529, мишљење изражено у водећем излагању лорда Брауна Вилкинсона (*Browne Wilkinson*).

[18] Carlson v. Switzerland, No. 49492/06 из 2008.

ме неће враћати у САД, ову одлуку је потврдио Федерални суд. Суд за људска права у Стразбуру, међутим, донео је одлуку у којој изражава мишљење да је тужба основана у погледу основа тужбе из чл. 8 Конвенције, што значи да је пресудио да је право на старање повређено и досудио тужиоцу накнаду за нематеријалну штету и накнаду трошкова.

Друга ситуација у којој се може одбити захтев је ако постоји озбиљна опасност да би повратак детета изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или да би на други начин довео дете у неповољан положај (тачнији превод би био *неподношљив*, у оригиналном тексту се користи енгл. термин *intolerable*). У вези са овом ситуацијом у теорији је изражено мишљење по коме ове околности не би требало ограничити само на постојање опасности која настаје због повратка детета, него би требало водити рачуна и о евентуалној опасности која може настати зато што би се дете одвојило од родитеља-отмичара.[19] По речима аутора Андреаса Бухера: „При процењивању да ли ће се враћањем детета родитељу који има старање дете довести у неподношљиво стање, неопходно је узети у обзир ситуацију и понашање родитеља који је извршио отмицу“.[20]

Чињеница да су мајке те које су починиле много већи број отмица скреће пажњу на положај жена које су се настаниле у државама одакле потичу њихови супрузи, оснивајући тамо породице, при том не поседујући сопствену мрежу друштвених и економских односа. Уколико дође до развода, пред мајком је веома мали број могућности за вођење нормалног живота са дететом, док би јој повратак у земљу из које потиче омогућио лаку интеграцију у породични круг и стару друштвену средину. Ово се нарочито потврђује као тачно у ситуацији када мајка мора да се заштити од насилног партнера, односно оца детета и када не може да рачуна на подршку локалних власти. Мајка, починилац отмице, не ради то увек из саможивости и из жеље да науди другом родитељу, већ зато што је често беспомоћна и очајна због положаја у коме се нашла и у коме мора сама да подиже дете у страној земљи.[21] Примена Конвенције

[19] Овај став износи Andreas Bucher, „*La dimension sociale du droit interna tional privé*“, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston2010, 490. Он наводи да став подржава E. Gallant, „*Responsibilité parentale et protection desenfants en droit interna tional privé*“, Paris 2004, nº 496, а супротставља му се A. Bigot, „*L`autorité parentale dans la famille dèsunie en droit international privé“*, Aix Marseille 2003, nº 536.

[20] Према ставу француског Касационог суда опасност или неподношљива ситуација према том пропису „резултује не само променама актуелних услова живота детета које је премештено, већ и новим или враћањем у старе услове у држави уобичајеног боравишта (пресуда донета 12. јула 1994, *Rev. crit*., 1995, 96), праћена другим пресудама, које је навела Godme Talon, *Clunet*, Paris 2006, 145.

[21] Експликативни извештај који даје *Elisa Pérez Vera* такође прецизира: „Посматрано чак и са овог становишта, требало је признати да из објективних

не може пред оваквим случајевима да затвара очи.[22] *Bucher* (Бухер) истиче да Хашка конвенција представља искључиво инструмент заштите детета у случајевима отмице; она не служи томе да кажњава понашање родитеља који је починио отмицу.[23] Као пример наводи швајцарско законодавство у коме постоји интерпретативно правило којим се разјашњава наведена одредба. Према чл. 5 швајцарског Закона усвојеног 21. децембра 2007. године, а који је ступио на снагу 1. јула 2009. године[24]:

„Услед повратка, дете је стављено у неподношљиву ситуацију према чл. 13, ст. 1, тач. б, нарочито под следећим околностима:

а) враћање детата родитељу који подноси тужбу очигледно није у интересу детета;

б) родитељ који је починио отмицу, узимајући у обзир околности, није у стању да се брине о детету у држави у којој дете у тренутку отмице има стално место боравка или се то од родитеља евидентно не може очекивати;

ц) поверавање детата некој трећој особи извесно није у интересу детета".

Следећа ситуација у којој суд или управни орган може одбити захтев за повратак детета и поред тога што је дошло до отмице је ситуација у којој дете, одговарајућег узраста и зрелости, одбија повратак.

Мерилин Фриман указује на значај и проблеме у вези са утврђивањем мишљења детета у пракси Уједињеног Краљевства.[25] Дете у поступцима отмице није странка у поступку, јер се ради о скраћеном поступку који се односи на надлежност, а не обухвата поступак који се базира на добробити детета, тако да се мишљење детета, по правилу, утврђује преко службеног лица (службеник Службе за савете и подршку дечјег и породичног суда – *Children and Family Court*

разлога премештање детета може понекад бити оправдано, а ти разлози се могу односити на личност детата или на његово најближе окружење" (*Actes et doc.,* 14 III (1980), 432, n° 25.

[22] Поновни позив да се коначно укаже на неадекватан, тј. шокантан карак тер традиционалног начина разрешавања проблема на основу Конвенције, а који се односе на децу и мајке жртве насиља, cf. C.l S. Bruch, „The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases", *Fam ily Law Quarterly* 38, 3/2004, 529.

[23] A. Bucher, фн. 20.

[24] Andreas Bucher, The New Swiss Federal Act on International Child Abduc tion, *JPIL*, 2008, 139; Merle H. Weiner, „Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases", *American University Law Review*, 58, 2/2008, 335.

[25] Marilyn Freeman, Anne Marie Hutchinson, „The Voice of the Child in Interna tional Child Abduction", *International Family Law,* November, 2007, 177.

Advisory and Support Service Officer). Ауторка сматра да се на тај начин наноси штета деци која осећају разочарање у одрасла лица која су укључена у ове поступке, јер не омогућавају детету да непосредно изрази своје мишљење, иако се ради о поступцима који се односе на њих саме и њихове животе.

У радној верзији закона Србије се посебно води рачуна о томе да дете буде укључено у поступак. Тако се у чл. 47 каже:

„У поступку за повратак детета суд је дужан да детету које је способно да формира своје мишљење, независно од узраста, на примерен начин пружи сва неопходна обавештења и да му омогући да то мишљење изрази уз присуство или без присуства других лица, зависно од жеље детета, на начин и на месту који су у складу са његовим узрастом и зрелошћу, осим ако је то у супротности са најбољим интересом детета.

Суд је дужан да детету које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање омогући да слободно и непосредно изнесе своје мишљење о захтеву за враћање, осим ако оцени да је то у супротности са најбољим интересом детета.

Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање може одлучити о повратку и о одржавању личних односа са родитељем односно другим лицем са којим га веже нарочита блискост, у складу са законом“.

Препоручљиво је да се детету омогући да изнесе своје мишљење, на пример у просторијама центра за социјални рад, а које су прилагођене за разговор с децом нижег узраста, и то у присуству стручњака. Правилном применом законодавних решења, може се избећи описана опасност од разочарања детета због тога што није имало могућност да непосредно учествује у поступку које постоји у енглеској пракси.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Распад породице, чињеница да су родитељи везани за више држава, често потичући из једне државе, а засновали су породицу у другој, може као последицу у области односа родитеља и деце довести до међународне, родитељске отмице деце. У овим случајевима се често ради о томе да оба родитеља желе да одгајају дете после развода њиховог брака или прекида ванбрачне заједнице. Проблем настаје зато што један од родитеља жели да промени земљу у којој је породица живела и да се настани у другој земљи, врло често земљи свог порекла. Посматрано из угла тог родитеља, пресељење без де-

тета за њега представља губитак с којим не жели да се помири, па кршећи законске норме или одлуку надлежног органа о родитељском старању, одводи дете или га задржава у тој земљи, на тај начин чинећи међународну отмицу детета. Ако су обе земље потписнице Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, други родитељ, који је имао право на старање, или право да одлучује о битним питањима везаним за дете, може да покрене поступак по овој Конвенцији и да врати дете. Постоји, међутим, велики број држава у свету које нису потписнице Конвенције и тада је други родитељ често у ситуацији да нема могућности да врати дете. Познати су случајеви да очеви незаконито одводе децу у муслиманске земље Блиског истока, желећи да децу васпитавају у својој култури и религији, сматрајући да је то у најбољем интересу њихове деце, за разлику од васпитавања у европском духу. Различитост култура, религија, друштвених норми и схватања, који у емотивним везама пре рођења детета не представља препреку, често након рођења постаје непремостив проблем. У роману *Јунакиња пустиње*[26], базираном на истинитим догађајима, ауторка Донија Ал Нахи описује случајеве враћања деце мајкама, али опет на незаконит начин, којим се крше не само породичноправне норме, него често и кривичноправни прописи, извршењем различитих кривичних дела и доводећи дете у ситуације које су некад и животно опасне. Мајке, дакле, прибегавају механизму самопомоћи, ангажујући друга лица да им врате дете. Овакви случајеви говоре у прилог што ширем приступању Конвенцији од стране држава које то нису учиниле, тако да се правним путем омогући повратак детета у земљу из које је одведено.

С друге стране, у пракси је примећено да у великом броју случајева мајке чине отмицу и то у ситуацији када се враћају у земљу свог порекла из земље у којој су живеле, а из које потичу њихови (бивши) супрузи. Оне често немају услова да у земљи у којој су формирале породицу обезбеде егзистенцију за себе и децу, док им је то много лакше у земљи из које потичу, с обзиром на то да се враћају у познату друштвену средину, у којој живи њихова шира породица. Иако се и у овим случајевима ради о отмици и постоје сви услови за примену Конвенције, у теорији се истиче да је потребно водити рачуна о њиховим специфичностима.

Специфичност домаћег породичног права је у томе што је одвођење или задржавање детета незаконито у свим ситуацијама у којима

[26] Донија ал Нахи, *Јунакиња пустиње, Лагуна*, Београд, 2006 (у оригиналу: Donya Al Nahi, *Heroine of the Desert,* London, 2004). Ради се о деци коју су очеви одвели из Велике Британије у Либију, Ирак, Мароко, Турску, Уједињене Арапске Емирате.

не постоји споразум родитеља о промени пребивалишта (уобичајеног боравишта) и када родитељи заједнички врше родитељско право, али и када један родитељ самостално врши родитељско право. Када се ради о ситуацијама у којима је дете одведено из Србије у другу државу, па је меродавно право Србије на основу уобичајеног боравишта детета у Србији, овакво решење домаћег права представља проблем у разумевању и примени за иностране судове. Због тога је значајно да се иностраним судовима пружи објашњење с циљем правилне примене домаћег права.

Најзад, потребно је истаћи да је значај поступка медијације немерљив у случајевима када је дошло до отмице. Сигурно је да је у најбољем интересу детета да родитељ који је извршио отмицу добровољно врати дете у државу из које је дете одведено, те да родитељи, након тога, постигну споразум о даљем родитељском старању и држави у којој ће дете живети.

Dr. Gordana Kovaček Stanić

Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

FAMILY LAW ASPECTS OF INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION

Summary

The author deals with civil aspects of international child abduction, regulated by the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction signed in 1980, and ratified by former Yugoslavia in 1991. The author analyzes two situations: the first, when a child is wrongfully removed from one contracting state to Serbia, or wrongfully retained in Serbia, and the second, when a child is wrongfully removed from Serbia to another contracting state, or wrongfully retained in another contracting state. Serbian authorities presently work on a Draft Act on Implementation of the Convention. The aims of this Act are: to enhance uniformity of the practice of Serbian courts in this area, to enable the courts to act promptly, and to regulate procedural issues. Furthermore, pursuant to Articles 75 and 78/3,4 of the Family Act of Serbia, removal or retention of the child is considered wrongful if parents are not in agreement on relocation of the child, regardless of whether they exercise parental rights jointly or independently. This rule causes problems of interpretation for foreign courts. In the end, the author draws attention to the difficulties of

proving that a parent has given consent to relocation, as one of the most complicated issues in judicial practice. In conclusion, author pledges for wider use of mediation in abduction cases.

Key words: *International child abduction. – Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. – Serbian family law. – Parental consent.*

УДК 340.124

Др Саша Б. Бован*

CONTRA LEGEM ЈУДИЦИРАЊЕ ПАНДОРИНА КУТИЈА ПРАВНЕ ХЕРМЕНЕУТИКЕ

У раду се истражује однос између слободног тумачења права (слободе као методе рада судије) и contra legem одлучивања. У том контексту разматрају се пре свега ставови Х. Канторовича који су изазвали велике недоумице и полемике на ову тему. Осим теоријских контроверзи везаних за Канторовичеве, али и ставове осталих представника слободноправног покрета, у раду се излаже дилема о потреби и домашају contra legem јудицирања.

Најзад, дају се примери из праксе Врховног касационог суда Србије који указују на то да је због инхерентне несавршености правног поретка, contra legem одлучивање реалност са којом се морамо суочити и у односу на коју се морамо одредити. Тада, контралегално јудицирање представља метод решавања вредносних противречности до којих долази када се релативно слични друштвени односи другачије регулишу у различитим правним прописима.

Кључне речи: *Покрет слободног права. Слобода као метод тумачења права. Contra legem одлучивање. Радбрухова формула.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Дискусију о *contra legem* одлучивању не можемо започети другачије него позивањем на слободноправни покрет, имајући у виду пре свега идеје Хермана Канторовича.[1] У том правцу, свако разматрање ове проблематике било би мањкаво без осврта на несвакидашњу критику Канторовичевих ставова, критику која се

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *bovan@ius.bg.ac.rs*.

[1] Неки аутори чак истичу да идеја о *contra legem* одлучивању, у облику који је истицала критика теорије слободног права, заправо уопште није присутна код других припадника овог покрета осим код Канторовича и евентуално Штампеа: Klaus Riebschlaeger, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin 1968, 105.

као зла коб надвила над теоријом слободног права, с обзиром на запањујућа неразумевања и ирационална подметања у разбукталој дискусији о *contra legem* одлучивању.

Критика је ишла у правцу жестоких оптужби и практично изједначавања слободноправног покрета са идејом *contra legem* judицирања (Г. Бехмер, А. Манигк).[2] То не треба да чуди јер, пребацивши тежиште занимања правне науке с проблема појма права и извора права на активности суда, школа слободног права предузима разорну критику појмовне јуриспруденције. Стога је и њен одговор такође био жесток. Како каже М. Рехбиндер: „Тек што се слободно правна наука беше јавила за реч, већ се сударила с огорченим порицањем оних, који су се, у властитом ужасу, видели разголићени магичне части, коју је даровало формално-логичко извођење из текста закона".[3] При том, може се рећи да је та критика у највећој могућој мери била непринципијелна, заснована на фалсификовању ставова слободоправњака, те недвосмислено клеветничка и нечасна – без икакве ограде закључује Рехбиндер.[4]

Но, вратимо се основној дилеми везаној за *contra legem* судовање у делу Х. Канторовича. За Покровца та дилема састоји се у питању да ли је и у којој мери овај аутор ревидирао своје ставове о контралегалном одлучивању. Ова дилема подразумева став како је неспорно да Канторович заступа ову идеју, односно да одступа од принципа утемељености свих пресуда на закону.[5] Покровац истиче да се у својој одбрани од напада, у више наврата, Канторович ипак није одредио у односу на кључни став којим изричито подржава judицирање *contra legem*,[6] и да његова одбрана стога представља покушај ревидирања ставова на ову тему. Покровац каже: „Између Кампфа (*Der Kampf un die Rechtswissenschaft*) и Контра (*Die Contralegem Fabel*) збива се ревизија властитих ставова: од одобравања контралегалног judицирања без икаквих ограда, до отклањања и саме помисли да би он (или читав покрет), пристајали на такву праксу или се за њу залагали".[7] Покровац на другом месту мења овај став, из чега се види и његова неодлучност у тумачењу Канторовичевих идеја о *contra legem* одлучивању. Он на крају крајева сматра да је

[2] Класификација различитих типова критике школе слободног права код: Zoran Pokrovac, *Herman U. Kantorovič i slobodnopravni pokret* (doktorska disertacija), Split 1995, 212 216.

[3] Manfred Rehbinder, *Die Begrundung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin 1986, 92.

[4] *Ibid.*, 93.

[5] Z. Pokrovac, 202 203.

[6] *Ibid.*, 210.

[7] *Ibid.*, 211.

предводник и најзнаменитији представник слободноправног покрета исправио неке раније ставове, али да идеју контралегалног јудицирања ипак није сасвим напустио.[8]

Међутим, овде постављамо питање да ли је Канторович уопште заступао ову идеју. Прецизније речено, питање је у којем контексту, тј. под којим условима Канторович допушта јудицирање *contra legem*?

Практично, постоји само једно место у Канторовичевом најпознатијем делу *Борба за правну науку* где се овај аутор изјашњава о *contra legem* судовању. Говорећи о догмама јуриспруденције којих се она мора ослободити, аутор истиче да у ситуацији када му закон не нуди несумњиво решење, судија прибегава слободном тумачењу права.[9] Међутим, овде се не говори о одлучивању супротно закону, већ о попуњавању правних празнина. На другом месту, Канторович сматра да „странама у грађанској парници треба да је на вољу да заједничким захтевом ослободе судију од обавезе придржавања неких норми државног права".[10] Овај случај такође не подразумева *contra legem* рад, већ спада под начело слободе уговарања које је темељни принцип грађанског права и које се може ограничити само у одређеним ситуацијама.[11]

Осим тога, судија прибегава оваквом тумачењу и одступању од закона и „ако, по његовом слободном и савесном уверењу, није вероватно да би државна власт која постоји у време одлуке ту одлуку донела онако како захтева закон".[12] Он даље наставља, па каже: „У том случаја, он треба да донесе одлуку коју би, по његовом уверењу, садашња државна власт донела ако би појединачни случај био пред њом".[13]

Само у овом последњем случају Канторович допушта *contra legem* одлучивање. Међутим, поставља се питање како треба тумачити ове Канторовичеве ставове, односно да ли је у већини крити-

---

[8] *Ibid.*

[9] Херман Канторович, *Борба за правну науку*, Београд 2006, 34.

[10] *Ibid.*

[11] У односу на овај услов одступања од закона изгледа да Покровац даје погрешну интерпретацију. По његовом мишљењу, странке могу у грађанском праву заједничким захтевом ослободити судију дужности поштовања било које законске норме, Z. Pokrovac, 202. Међутим, то није исправно тумачење, јер Канторович изричито каже да странке могу својим захтевом судију ослободити од обавезе придржавања *неких* норми државног права, а не свих законских норми, Х. Канторович, 34. То „неких норми", а не „свих норми", заправо значи да се овде не ради о *contra legem* одлучивању, него о начелу слободе уговарања и његовим ограничењима.

[12] Х. Канторович, 34.

[13] *Ibid.*

ка које су се појавиле ваљано формулисан контекст Канторовичевих изјава на ову тему.

Наш одговор на ово питање је негативан, јер се чини да се правилним одређењем контекста Канторовичевог изјашњавања на тему контралегалног одлучивања може закључити да он није заговорник овог принципа, да се покрет слободног права не може изједначити са јудицирањем *contra legem* и да је одлучивање супротно закону један строги изузетак којем, по Канторовичевом виђењу, судија прибегава само изузетно и под тачно одређеним условима. У том правцу, изложени ставови Покровца добар су пример како Канторовичеве идеје на тему судовања супротно закону нису стављене у одговарајући контекст, иако је неспорно да се ради о аутору који је врсни познавалац Канторовичевог рада, као и кључних тенденција у развоју тадашњег немачког права и друштва.

Оно што тада изазива чуђење јесте чињеница да тај контекст, који баца сасвим посебно светло на идеју јудицирања *contra legem* код Канторовича, уопште није тешко одредити. У том правцу, поред изричитих изјава самог Канторовича о овом облику судијског рада (о томе нешто касније), његова правнохерменеутичка опредељења треба посматрати кроз призму једног ужег, стручног, односно теоријско-методског и једног ширег, друштвено-историјског контекста.

Када се ради о овом ужем контексту, полазећи од разлике између слободног права и слободног налажења права, и остављајући ово прво значење слободног права по страни,[14] прво ћемо утврдити да слободноправни покрет треба посматрати пре свега као методски покрет који је заокупљен идејом о слободи као канону тумачења права (слободно тумачење права које је заправо облик социолош-

[14] Термин „слободно право" Канторович користи у два значења једном супстанцијалном (слободно право као облик природног права, Х. Канторович, 9 10) и другом методском (слободно право као метод слободног налажења права, односно као метод слободног тумачења права, 39 40). Најпрецизније, и посматрано на методској равни, он заправо говори о слободи као кључном канону тумачења права. Постоје аутори који сматрају да његово изјашњавање о слободном праву као облику права представља само игру речима или некритичко коришћење филозофскоправних појмова (К. Мушлер, Д. Менх), те читаву теорију слободног права проглашавају чисто методским покретом. Детаљније о овоме код Z. Pokrovac, 160. Овде прихватамо да је термин слободно право вишезначан, али да су два горе изложена значења најважнија. За потребе овог рада кључно је ово друго значење, које говори о слободноправној методологији тумачења права. Иначе, сматрамо да доприносе школе слободног права јуриспруденцији треба тражити пре свега на методској, а не супстанцијалној равни, стога што су Канторовичеве идеје о слободном праву као новом природном праву или позитивном праву у великој мери конфузне и недоречене, и у крајњој линији доводе до тешкоће у разликовању слободног права од обичаја. Детаљније код: Александар Молнар, *Друштво и право, II*, Нови Сад 1994, 444 445. Dietmar Moench, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt/Main 1971, 88.

ког тумачења, јер полази од чињеница свакодневног живота) и који указује на све методске недостатке појмовне јуриспруденције.[15] У односу на домете појмовне јуриспруденције, која је неприкосновено владала сфером тумачења и примене права, ево једног Канторовичевог сликовитог, донекле подругљивог цитата: „Јуриспруденција се вазда са самопоуздањем упуштала у свој немогућни задатак, стално је изнова покушавала да с малим бројем својих кључева откључа све браве, па тако није могла избећи да се час лати калауза, а час да разбије браве: час да прави конструкције које су биле толико насилне да је њихова неспојивост са законским текстом постајала очигледна и најмалоумнијем оку, час да, обрнуто, држећи се закона, постиже резултате који су се налазили у вапијућој противречности с потребама живота“.[16]

Поредећи правну догматику са теологијом, Канторович наставља критику појмовне јуриспруденције још жешћим тоном. Он каже да се суштина ортодоксне теологије открива и у суштини правне догматике јер обе претендују да на сва питања која се пред њих постављају одговоре јасно и разговетно: „Правник мора моћи да сваку радњу докаже као право или неправо, теолог мора моћи да сваку радњу докаже као богу милу или мрску. Због тога се мора извести један вештачки, нечастан систем цикли и епицикли“,[17] и даље, погађајући саму суштину проблема он закључује: „Као што закон и Писмо имају празнина, тако су они и противречни у себи самим и пуни противречности са стварношћу на коју се односе. Па ипак, они треба да се прикажу као непротивречни системи у којима се ништа не открива од хиљадугодишњег развоја, од хиљаду укрштаја различних културних система који су се у њима наталожили“.[18]

У исто време, критику појмовне јуриспруденције прати залагање за стваралачку јуриспруденцију, односно за слободу као метод тумачења права. Особеност Канторовичевог приступа је у томе што у изложеном правцу он призива у помоћ социологију.[19] Тада, залажући се за индуктивни приступ проблему примене права (изрицање правде као верификација норми помоћу искуства),[20] он конструише категоријални пар: искуство (чињенице неког конретног случаја) – слобода (као тумачење закона полазећи од искуства). Канторович

[15] K. Reibschlaeger, 106 109, D. Moench, 86 87, 90.

[16] Х. Канторович, 22.

[17] *Ibid.*, 30.

[18] *Ibid.*

[19] Однос између ових дисциплина Канторович изражава следећом формулом: „Догматика без социологије је празна, социологија без догматике је слепа“. *Ibid.*, 109.

[20] *Ibid.*, 24.

каже да је за ортодоксну теологију и ортодоксну правну догматику искуство неприступачно биће, а требало би да буде обрнуто, где ће судије бити „специјалисти чињеничног стања, а не опсенари правног прописа“.[21] Све у свему, код Канторовича се слободно тумачење права (слобода као метод судијског рада) испољава као облик социолошког тумачења (анализе) правне стварности, чија је суштина у самеравању, тј. процењивању вредности садржаних у норми на основу искуства (полазећи од чињеница неког конкретног случаја који се налази пред судијом). На крају, ово је пут ка праведном пресуђивању и судији модерног доба чији је професионални задатак омеђен тројством: слобода, интегритет, мудрост.[22]

Друштвени историјски контекст унутар којег треба разматрати Канторовичеве идеје о *contra legem* одлучивању подразумева осврт на „немачки пут у капитализам“ који се на специфичан начин одразио како на правну доктрину, тако и на правну праксу у Немачкој током XIX и на прелазу у XX век. Класни компромис између племства и буржоазије у Немачкој није довео до реалне поделе политичке моћи као у Енглеској. Иако нарасла, немачка буржоазија се налазила у једној врсти социјалног вакуума између племства и доњих слојева, при чему из разних разлога није успела да изгради ни одговарајућу либералну идеологију попут енглеске и француске буржоазије.[23] Романтичарска, а не просветитељска идеологија као доминантни облик колективне свести, која је била израз аристократско-монархијског универзализма, одразила се у правној сфери кроз правни поредак утемељен на рецепцији римског права, а не на обичајном праву (Енглеска) или природном праву (Француска). У правној науци ово стање ствари је дошло до изражаја кроз теорију *Rechtsstaat*. У њој су се ујединили, како истиче Молнар, конзервативни и либерални теоретичари, а њихов компромис се састојао „у томе да обрађују правну форму – са којом су били сагласни – независну од свих политичких садржаја и социјалних конотација – у којима нису били сагласни“.[24] Коначни израз ове теорије у правној пракси било је пандектно право као формализовано и догматизовано римско право, а у правној науци законски позитивизам који је на место монарха поставио закон коме се слепо верује (*nomos basileus*).[25] У условима социјалне пат позиције између племства и буржоазије, али и пролетаријата који је био у експанзији, судијски сталеж је остао потпуно веран монархији.

21 *Ibid*., 38.

22 *Ibid*., 39.

23 Детаљније код: А. Молнар, 360 362.

24 *Ibid*., 363.

25 О формули *nomos basileus* (закон као краљ владавина закона насупрот владавини људи) инспиративно код: Карл Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Београд 2003, 10 11.

Тако долази до бизарне ситуације која је кулминирала пред Други светски рат када се Немачка суочила са блокадом рада парламента, са економским, социјалним и политичким променама, које нису биле пропраћене одговарајућом законодавном интервенцијом, као и са конзервативним судством које је у примени права стајало на позицији механичке јуриспруденције. Старо право је било у највећем могућем нескладу са стањем у друштву, а судство, на које је пао терет реформисања правног поретка, затварало је очи пред том чињеницом.

Ово је контекст унутар којег треба промишљати Канторовичеву борбу за судијску слободу и његове идеје о *contra legem* одлучивању. Као што се може видети, ради се о тенденцијама у развоју немачког друштва и права које су неспорне и подробно обрађене, па чуди како нису у већој мери или на прави начин узете у обзир приликом разматрања Канторовичевих ставова о овом питању.

Према томе, критика појмовне јуриспруденције, залагање за слободно тумачење права у изложеном смислу, као и указивање на апорије правног поретка до којих нужно долази из различитих разлога, чине контекст за разумевање Канторовичевих ставова о *contra legem* одлучивању. Другим речима, идеју о контралегалном јудицирању код Канторовича треба посматрати у четири правца: прво, у оквиру настојања да се усклади теорија и пракса херменеутичког рада; друго, у контексту потребе да се методски артикулише слобода као канон судијског одлучивања;[26] треће, у оквиру идеје о различитим модалитетима испољавања судијске слободе, где спада, макар као строги изузетак, и јудицирање *contra legem*; четврто, у склопу потребе суочавања са друштвеним променама и оним шта се реално дешава у судници, као покушај да се на светло дана извуку све замке и тешкоће судијског рада које су некад толике да судија мора судити супротно закону.[27]

[26] Овде помињемо само топичку методизацију слободе у интерпретацији Х. Перелмана (испуњавање општих принципа полазећи од искуства), јер је она слична Канторовичевом приступу који је такође индуктивно утемељен, вид. Хаим Перел ман, *Право, морал, филозофија*, Београд 1983, 88.

[27] О томе је говорио К. Вурцел у свом за социологију права знаменитом делу *Правно мишљење* из 1904. године. Он указује да дедукција и супсумција заправо скривају читав низ фактора који реално утичу на процес доношења судске одлу ке (обичаји, етички осећаји, предање, итд.), цит. према А. Молнар, 440. Вурцелове ставове убедљиво понавља конструктивна теорија тумачења, на пример А. Рос, који каже: „Када су комбиновани мотивациони фактори језик закона, прагматични об зири, процена чињеница произвели свој учинак у судијиној свести и када су ути цали на одлуку, конструише се оправдавајућа фасада, која се често разликује од оно га што га је и стварно навело да одлучи како је одлучио“, Алф Рос, *Право и правда*, Подгорица 1996, 178. Најзад, у полемици са Б. Ритерсом из 2008/2009. године, идеју о „сивим зонама“ судијског одлучивања заступа и В. Хасемер у оквиру свог модела

Све ово значи да судија мора прибећи слободи приликом попуњавања правних празнина (и иначе у свом раду, независно од правних празнина),[28] а изузетно и под строгим условима, он прибегава слободи и у облику *contra legem* одлучивања. Канторовичу треба одати признање за храброст јер отворено указује на нужност овакве судијске праксе и тражи да се правна херменеутика суочи са таквим стањем ствари. Канторовичева заслуга је и у томе што покушава да формулише услове јудицирања *contra legem*.

Први од тих услова односи се на измењено чињенично стање на које се никако не може применити неки важећи (пре свега застарели) закон. На једном јединoм месту где се афирмативно изражава у погледу одлучивања супротно закону, Канторович прави дистинкцију између прошле и садашње власти,[29] која подразумева примену старих прописа који су застарели, тако да се неко актуелно чињенично стање не може довести у однос са законским текстом ни субјективним нити објективним тумачењем. Да његове ставове треба тумачити на предложени начин указује и Канторовичево изјашњавање о *contra legem* јудицирању у једном каснијем раду (*Правна наука и социологија* из 1911. године) када, одбијајући нападе да се залаже за овај облик пресуђивања, заправо говори о томе да је таква пракса могућа или чак нужна када се ради о вековима старим законима које појмовна јуриспруденција вештачки одржава у животу својим натегнутим и бизарним тумачењима и конструкцијама.[30]

Најзад, сам почетак раније цитиране изјаве о контралегалном одлучивању указује и на други услов који мора бити кумулативно испуњен када се ради о овом методу судијског рада. Канторович говори о савесном уверењу судије, што значи, да судија суди супротно закону само када то захтевају разлози правичног поступања.[31]

Када се ради о односу Канторовича према овом питању треба посебно нагласити да је разним поводима, али увек јасно и одлуч-

---

судијске прагматике где уводи дистинкцију између производње и представљања суд ске одлуке, Winfried Hassemer, „Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik", *Rechtstheorie* 1/2008, 18. На крају крајева, читав покрет стваралачке јуриспруденције говори о тешкоћама тумачења и примене права и о томе како признати судијску сло боду а спречити њено извргавање у самовољу, вид. Радмила Васић, Коста Чавошки, *Увод у право, II*, Београд 1997, 251.

[28] А. Рос каже да функција канона тумачења није да доведу до одговарајућег решења већ управо (или тек) да поставе границе слободи судије у изрицању правде, А. Рос, 180.

[29] Х. Канторович, 34.

[30] *Ibid*., 91.

[31] О овом услову контралегалног јудицирања детаљније код Z. Pokrovac, 208.

но, он бранио принцип судијског поступања *ex lege*, где је суђење *contra legem* само изузетак од правила и примењује се у ретким и нужним ситуацијама (под већ наведеним условима). На пример, пре цитираног става где говори о овом облику примене права, он изричито каже да судија, обавезан својом заклетвом „случај решава онако како га треба решити према јасном дословном тексту закона".[32] Ово је Канторович иначе непрестано понављао у свим каснијим покушајима да се одбрани од непринципијелних критика на рачун својих схватања,[33] које су, како он каже, добиле размеру хипнотичког проклетства и потпуног неразумевања и девалвирања идеја слободноправног покрета.[34]

Имајући у виду управо изложено, као и услове под којима Канторович допушта одлучивање супротно закону, очигледно је да овај облик судијског рада долази до изражаја сасвим изузетно, у посебним историјским околностима, и када то захтевају разлози правичности. Исто тако је очигледно да се ради о питању које је у најмањој могућој мери заокупљало Канторовича и слободноправњаке, па зато делују чудно покушаји да се ова тема представи значајнијом за слободноправни покрет него што она то заиста јесте, поготово покушаји да се читав покрет изједначи са идејом контралегалног судовања.

Из лепезе изведених закључака издвајамо онај битан за наставак рада. Тада, идемо корак даље у односу на Канторовича и повећавамо улог у овој дискусији јер сматрамо да је *contra legem* одлучивање итекако присутно у судијском раду, и то не само под специфичним историјским околностима, него и у фазама нормалног и стабилног функционисања правног поретка. Стога је потребно озбиљније суочавање са овим обликом судијске слободе, а не забијање главе у песак и априорно одбацивање макар и дискусије на ову тему.[35]

У наставку рада указаћемо на методске и идејне корене *contra legem* одлучивања који су присутни у поступку примене права, који јасно указују да се овом облику судијског рада мора посветити одговарајућа пажња.

---

[32] Х. Канторович, 34.

[33] На пример, у раду *Правна наука и социологија*, 89, 91 и посебном раду на ову тему који је провокативно назвао *контра легем бајка*, Hermann Kantorowicz, „Die Contra legem Fabel", *Deutsche Richterzeitung* 3/1911, 259, 262 263.

[34] *Ibid.*, 259.

[35] Однос према *contra legem* одлучивању у данашњој јуриспруденцији, запра во прећуткивање ове теме, још један је доказ да топос логичко механичке функције правосуђа и даље жилаво опстаје у правној херменеутици. Видети код: Regina Ogorek, *Richterkonig oder Supsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main 1986, 366.

2. ОБЈЕКТИВНО ТУМАЧЕЊЕ КАО МЕТОДСКИ ОСНОВ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА

Објективно, односно објективно-телеолошко тумачење се дефинише на начин који би већ у самом називу требало да укаже на његову велику поузданост. На пример, К. Ларенц одређује овај канон интерпретације као трагање за нормативним смислом закона, односно као откривање воље закона (*Wille des Gesetzes*).[36] Нешто је другачији приступ Р. Ципелиуса, који прво истиче да је избор између субјективног и објективног тумачења одређен тиме за шта је интерпретатор заинтересован, и потом закључује да је објективно тумачење трагање за циљевима закона који су актуелни у тренутку његове примене (тумачење *ex nunc*), тј. који изражавају правно-политичке представе о циљевима закона или схватању правде заједничким за већи део једне заједнице.[37] У истом правцу наставља Ф. Бидлински када каже да је објективно тумачење откривање садржине закона у контексту садашњих односа.[38] У нашој литератури, слично размишља Д. Митровић, који каже да се објективизација код циљног тумачења састоји у одмеравању повољних и неповољних последица које норма изазива у друштвеном животу.[39]

Поменути аутори ипак другачије промишљају разлоге који намећу потребу за објективним тумачењем. У том правцу, код Ларенца откривамо утицај историјскоправне школе и једне идеалистичке епистемологије. Он сматра да сваки закон, иако садржи у себи вољу законодавца, изражава пре свега објективне сврхе права, иманентне вредности на којима се темељи сваки правни поредак (правда, правна сигурност, мир, итд.).[40] Те вредности, објективне правне идеје, општи су циљеви регулисања којима су подређени посебни циљеви законодавца, чиме се оправдава потреба и објашњава значај објективног метода тумачења права.[41] Насупрот томе, теоријско становиште Бидлинског и Ципелиуса је реалистичко, чак се може рећи да има димензију

---

36 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Gottingen Heidel berg 1960, 237.

37 Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2003, 22.

38 Франц Бидлински, *Правна методологија*, Подгорица 2011, 31 32.

39 Драган Митровић, *Увод у право*, Београд 2001, 287. Насупрот овоме, ис тичемо неуспешне покушаје одређења телеолошког (објективног) тумачења код нас. Такав је приступ Б. Кошутића који у једној апстрактној, недореченој, неразумљивој, чак бесмисленој формулацији каже да се код овог тумачења истражује којим се од више утврђених језички значења остварује циљ норме, Будимир Кошутић, *Увод у јуриспруденцију*, Подгорица 2008, 294.

40 K. Larenz, 239.

41 K. Larenz, 239 240.

социолошкоправног приступа. Бидлински, на пример, сматра да је парадоксално трагати за објективном сврхом закона која може бити супротна субјективној сврси законодавца. Међутим, потпуно је друга ствар, и тиме се отвара простор за објективно тумачење, када воља законодавца није видљива из разних разлога или када су застарели циљеви које је законодавац желео да оствари.[42]

Оно што спаја идеалистичка и реалистичка гледишта о природи и функцијама објективног тумачења јесте чињеница да се овај канон не посматра из угла судијске слободе. Насупрот њима, Хасемер инсистира управо на једном таквом приступу у објашњењу објективног тумачења које се стога може назвати волунтаристичким (децизионистичким).

У полемици са Б. Ритерсом на тему природе објективног тумачења, која се распламсала у часопису *Rechtstheorie* у периоду 2008/2009 године, В. Хасемер прво истиче да је идеја о строгом правном методу који упутства закона поуздано преноси судији и тиме остварује везивање судије за закон један неостварени сан, штавише једна најобичнија фатаморгана.[43] Овај закључак Хасемер поткрепљује анализом правне логике, тј. силогистичког закључивања у примени права, и закључује да ова процедура не омогућује поуздано транспортовање закона у стварност случајева.[44] У другом кораку критике, Хасемер се залаже за објективно-телеолошко тумачење и каже да је суштина овог метода интерпретације у судијској слободи.[45] Кулминација овог приступа, која му даје пуни волунтаристички карактер, јесте изјава да објективно-телеолошки метод своје мерило одлучивања крије у глави интерпрета.[46] Неколико деценија раније овај приступ је отворено и смело заступао А. Рос који истиче да суштина свих канона тумачења није да нас доведу до одговарајуће интерпретације, већ да ограниче судијску слободу у изрицању правде.[47]

Б. Ритерс критикује изложено становиште и сматра да се овим даје сувише слободе судији, чиме се заправо угрожава принцип поделе власти у својим темељима, односно да суштина објективног тумачења није више у узналажењу смисла (*Auslegung*), већ у уношењу смисла (*Einlegung*),[48] те да овај канон уноси у тумачење велику дозу

[42] Ф. Бидлински, 39 40.

[43] W. Hasemmer, 3, 5.

[44] *Ibid.*, 7.

[45] *Ibid.*, 19.

[46] *Ibid.*, 10.

[47] А. Рос, 180.

[48] Bernd Ruthers, „Methodenfragen als Verfassungfragen“, *Rechtstheorie* 3/2009, 262.

субјективности и арбитрерности.[49] Он каже: „Тумачити се може само оно што се налази у закону као воља за регулисањем и циљ регулисања. Не постоји једна засебна воља закона. Таква фикција води у свет правних бајки. Ако се призивају воља и дух закона, онда се не појављује ништа друго него воља призивача. Закон садржи само вољу законодавца за регулисањем и ништа друго".[50]

Ритерсова критика, па и резигнација због тога што је примена објективног метода узела толико маха,[51] указује да је судијска слобода реалност поступка примене права која се више не може прикривати нити потискивати у други план, односно да топос логичко-механичке функције правосуђа више живи на папиру, у доктринама кабинетских херменеутичара, него у судници, која све више постаје краљевство слободног и креативног одлучивања.

Та и таква слобода има дубоко оправдање. Намерна недовршеност закона (А. Кауфман), односно отворен садржај закона (Х. Харт), даље, непоузданост постојећих канона тумачења права који су више непрепознатљиви путељци кроз прашуму човекових мисли и значења него поуздани путеви интерпретације, сложеност и динамика друштвених односа, и најзад, садржинска неодређеност вредносних начела на којима почива правни поредак (на пример, правде), чине да је језичко разумевање норми пре изузетак него правило, да празнине нису инциденти већ суштина правног поретка, да је тумачење више формирање него откривање значења.[52] То све значи да је стваралаштво (*phronesis*), а не логика (*tehne*), сама суштина тумачења права, а слобода нужност и најважнији канон примене права.[53]

Слобода о којој је реч заправо је суштина и заједнички именитељ објективно-телеолошког метода тумачења права и *contra legem* одлучивања. Оног тренутка када смо признали потребу и значај објективног тумачења дозволили смо, и не може бити другачије, да слобода уђе у судницу. Опет, признати ту слободу, а затварати очи пред могућношћу да се она користи *contra legem*, такође је више немогуће, имајући у виду изложене разлоге који намећу слободу као

---

[49] *Ibid*., 262, 274, 275. На ово указује и А. Рос иако је заговорник слободе као канона тумачења када каже како објективно тумачење може бити субјективније од субјективног тумачења, А. Рос, 147, 168.

[50] B. Ruthers, 262.

[51] Подсетимо, доминација објективног метода у пракси немачких судова до била је потврду и у начелном ставу Савезног уставног суда Немачке још шездесетих година XX века BverfGE 1, 299 (312).

[52] О томе детаљније у нашем раду, Саша Бован, „Тумачење као вредновање на основу контекста прилог конструктивној теорији тумачења", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 83 106.

[53] Кључно питање које се тада поставља је како методизовати судијску сло боду. Но, то тренутно није основна тема овог рада.

канон тумачења права. Све то значи да је разлика између објективног тумачења и суђења супротно закону само у степену те слободе и условима под којима се користи, али да је у правном поретку она присутна у оба облика.

Примери из праксе наших највиших судова потврдиће ове тврдње. Но, пре тога, треба рећи нешто и о идејним основама *contra legem* одлучивања, како би се заокружила тема о условима под којима је могуће судити супротно слову закона.

3. РАДБРУХОВА ФОРМУЛА КАО ИДЕЈНИ ОСНОВ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА

Након Другог светског рата постало је јасно какве је страшне последице оставио правни позитивизам у јуристичкој херменеутици. Судови послератне Немачке покушавали су да отклоне те последице позивањем на идеју законског неправа и надзоконског права. Чини се да је најубедљивију разраду ове идеје дао Радбрух. Његов приступ почива на успостављању хијерархије између кључних правних вредности. Он говори о правној сигурности, сврсисходности и правди како кључним вредносним начелима правног поретка,[54] али између њих успоставља хијерархију и сматра правду темељним принципом права.[55] Код Радбруха, идеја о значају правде јасно је изражена већ у његовој дефиницији права, где се каже да је право она стварност чији је смисао да служи идеји права, а идеја права не може бити ништа друго него правда.[56]

Успостављање хијерархије између правде и правне сигурности Радбрух предузима с великом дозом опреза и упозорава да негирање правне сигурности заправо значи и порицање правне природе позитивних закона.[57] Ипак, у настојању да остваримо захтев правде, а да при том што мање изгубимо од правне сигурности, постоје ситуације када правну сигурност морамо жртвовати у корист правде. Радбрух о томе каже следеће: „Сукоб између правде и правне сигурности мо-

[54] Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд 1980, 287 288.

[55] *Ibid.*, 288. Чини се да је то уобичајени приступ међу ауторима који по пут Радбруха право разумевају превасходно у оквиру понашања које се повезује с вредношћу. Као пример, можда најупечатљивији, подвођења свих морално правних принципа под правду може да послужи приступ који негује Теодор Фивег, *Топи ка и јуриспруденција*, Београд 1987, 114. У нашој литератури слично код Никола Висковић, *Појам права*, Сплит 1981, 143 144. Супротно, као покушај да се сруши правда као прва од свих врлина, вид. Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951, 19: Ханс Келзен, *Шта је правда*, Београд 1998, 29.

[56] Г. Радбрух, 44 45.

[57] *Ibid.*, 290.

гао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђују пропис и моћ, има предност и онда када је садржински неправедно и несврсисходно, осим у случају кад позитивни закон у толико неподношљивој мери противречи правди, да закон као неисправно право мора одступити пред правдом".[58] Радбрух даље појашњава да „неподношљива" супротност позитивног закона правди постоји онда „кад се чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само неисправно право, он штавише уопште нема правну природу".[59] Као пример за примену ове формуле он узима Немачку за време Адолфа Хитлера и закључује како је „националсоцијалистичко право имало намеру да избегне суштински захтев правде, једнако поступање са једнакима. Следствено томе, оно у том погледу уопште нема правну природу, оно није, рецимо, неисправно право, него уопште није право".[60]

Може се рећи да у Радбруховој формули примене права законско неправо и надзаконско право чине један јединствен стандард за процењивање позитивног права,[61] и то на начин да са становишта надзаконског права (правде) доносимо одлуку да ли позитивно право има карактер ваљаног права, неисправног права или законског неправа које уопште није право (нема правну природу).

Кроз идеју законског неправа, Радбрухова формула омогућава порицање правне природе позитивних закона, и у том смислу, на равни примене права, представља идејно-херменеутичку основу *за contra legem* одлучивање. Другим речима, ова формула даје судији право, али и намеће обавезу, да суди супротно закону када оцени да позитивни пропис има карактер законског неправа, а то је случај када он драстично противречи правди, односно кад се принцип једнаког поступања са једнакима потпуно игнорише.

Међутим, у изложеном облику, Радбрухову формулу могуће је применити пре свега на једној широј друштвеној равни, на пример приликом суочавања са ауторитарним и тоталитарним политичким режимима заснованим на сили, кршењу грађанских и свих људских права, када та формула служи као кључни чинилац политичке делегитимизације таквих режима и успостављања владавине права (ваљаног правног поретка). Тада, ова се формула примењује *post factum*, као у Немачкој након Другог светског рата, када се испуне одговарајући друштвено-политички услови за једну такву правну праксу. У тим ситуацијама примена Радбрухове формуле може доби-

[58] *Ibid.*, 288.

[59] *Ibid.*, 288 289.

[60] *Ibid.*, 289.

[61] *Ibid.*, 287.

ти димензују *contra legem* одлучивања, мада, то је више генерална, а не индивидуална форма контралегалног рада, када оспоравање правне природе позитивног поретка подразумева начелан став да свако понашање грађана или државних службеника супротно закону није било противправно. У крајњој линији, овај угао посматрања Радбрухове формуле не односи се толико на суђење супротно закону, већ пре свега на порицање правне природе позитивних закона као законског неправа. Осим тога, као што указују примери на које се позива и Радбрух, немачки судови након рата користили су неке друге правне институте за поништај последица примене нацистичког законодавства и нису се изричито супротстављали позитивним прописима (нису изричито истицали да нацистички прописи немају правну природу, да представљају законско неправо).[62]

Ипак, значај Радбрухове формуле је велики стога што заснива теоријско оправдање за *contra legem* одлучивање, односно стога што формулише кључни услов за овај облик судијског рада. Тај услов је, као што истичу и припадници покрета слободног права, кршење начела праведности, и то у мери која драстично нарушава принцип једнаког поступања са једнакима.

Овим долазимо до кључног питања овог рада, а то је да ли у условима нормалног функционисања правног поретка, када никако не можемо порицати правну природу позитивних прописа са становишта надзаконског права, односно законског неправа, можемо прибећи *contra legem* одлучивању. Изложени ставови о методским основама (слобода судијског рада) и теоријским основама (нарушавање начела праведности) *contra legem* јудицирања омогућавају да формулишемо одговарајући одговор.

На почетку ваља рећи да се овде не ради о ситуацијама када закони добијају антицивилизацијски карактер и када можемо порицати њихову правну природу. Другим речима, овде се не ради о ситуацијама када се сусрећемо са законским неправом, већ са неисправним правом у условима легалног и легитимног правног поретка, где у појединачним случајевима откривамо неподношљиву неправду и кршење принципа једнаког поступака. Овде се ради о грешкама у правном регулисању које су могуће исто као што су могуће и празнине у правном поретку. Ове грешке су системског карактера и до њих долази без свесне намере законодавца. Оне настају када се приликом правног нормирања у оквиру различитих закона релативно слично чињенично стање регулише на другачији начин.

[62] На пример, денунцијант чијим је потказивањем друго лице осуђено на смрт гоњен је као посредни извршилац. Војник који је дезертирао са фронта, па онда ли шио живота представника закона приликом покушаја да буде ухапшен, ослобођен је позивањем на институт крајње нужде, итд. *Ibid*., 282 287.

Полазећи од Ф. Бидлинског, ову врсту грешака (а не разне друге: логичке, техничке, словне, итд.) можемо назвати вредносним противречностима. Опет, и када се ради о вредносним противречностима, овде се не мисли на вредносне противречности које настају услед застарелости циљева закона. У овом другом случају, ако већ није промењен пропис, одлука суда не подразумева логику *contra legem* рада, већ се мења *ratio legis* закона, односно један историјски циљ замењује се новим који проистиче из садашњих односа. Овај поступак се означава као „функционална промена", а у суштини представља примену објективно-телеолошког тумачења.[63] Вредносне противречности о којима се овде говори, и које могу бити основа контралегалног јудицирања, како је већ истакнуто, огледају се пре свега у томе што је релативно слично чињенично стање регулисано на другачији начин у различитим законима. Имајући у виду овај други услов за решавање противно закону (поред правичности односно неправичности која може наступити), може се рећи да *contra legem* одлучивање представља поступак отклањања вредносних противречности. Поступак у питању такође почива на логици објективно-телеолошког тумачења, јер се у овом случају *ratio legis* једног закона преноси, односно примењује у тумачењу другог закона, што је опет могуће с обзиром на сличност у чињеничном стању два случаја која су различито нормирана у различитим законима или законима из исте области донетих у различито време (на пример, сличност у чињеничном стању може се односити на породичноправни однос који је другачије нормиран у различитим законима на начин да узрокује неправичност, тј. неједнакост у поступању).

У литератури се овај метод интерпретације означава као телеолошко-систематско тумачење. Ф. Бидлинкси изражава суштину овог поступка на начин који је управо изложен. Он каже да у овом случају „средство тумачења, које додатно неопходно, није више, дакле, експлицитна садржина других, системски значајних прописа, већ су то њихове циљне или вредносне основе. Оне су само примењене на другу конкретну норму".[64] Исто тако, када се ради о условима ове примене, Бидлински каже да је основни услов сличност у чињеничном стању, односно у неком конфликту интереса који у сличном облику постоју у оба случаја.[65] Треба истаћи да Бидлински телеолошко-систематски метод посматра само као технику попуњавања празнина услед вредносних противречности,[66] док се у овом раду поменути

[63] Ф. Бидлински, 104 106.

[64] *Ibid.*, 44.

[65] *Ibid.*

[66] *Ibid.*, 43 46.

метод, имајући у виду логику његове примене, сматра подобним и за одлучивање *contra legem* услед вредносних противречности, јер напросто, не постоји други механизам судијског исправљања ове врсте грешака (остаје наравно да се такве грешке, тј. вредносне противречности овог типа исправљају радом законодавца, но то је већ једна друга проблематика која нас са терена примене води у област стварања права). Осим тога, примери из наше судске праксе о којима ће бити речи у следећем одељку искуствена су потврда ове логике поступања.

Коначно, долазимо до трећег услова који је неопходна претпоставка контралегалног одлучивања (поред вредносних противречности и неправде, тј. неједнаког поступања које услед тога наступа). Смисао овог услова такође је изражен кроз идеју телеолошко-систематског метода. Наиме, позајмљивање и преношење вредносних принципа из једног закона у други, логиком систематског тумачења, значи да одлучивање супротно закону примењујемо увек уз настојање да се одлука уклопи у највећој могућој мери и на оптималан начин у постојећи правни поредак.[67]

4. ПРИМЕРИ *CONTRA LEGEM* ОДЛУЧИВАЊА У НАШОЈ ПРАВНОЈ ПРАКСИ

Трагање за примерима и анализа *contra legem* праксе у нашем правном поретку (овде пракси Врховног касационог суда) навели су нас на два закључка којима ћемо заокружити размишљања на ову тему: први, да је овај облик одлучивања у највећој могућој мери прикривен, и други, да је *contra legem* одлучивање плод извесне интуиције и личног осећаја за праведност судије (или судског већа) који је пропраћен одговарајућим херменеутичким (правнометодским) резоновањем. Укратко ћемо појаснити ове закључке пре него што прокоментаришемо одговарајуће пресуде где се испољава контралегално расуђивање.

Још је А. Рос у својим бриљантним анализама о судијској слободи из 60-тих година XX века указао на значај воље у праву, на вредносну димензију судијског одлучивања и на судијску слободу као нит водиљу процеса изрицања правде. Међутим, оно што је А. Роса посебно интригирало, о чему је у више наврата износио свој суд, јесте чињеница да управо правосуђе, више него доктрина, прикрива ову реалност присутну у судници. У том правцу Рос истиче како су канони тумачења тек аргументативне (оправдавајуће) фаса-

[67] *Ibid.*, 40.

де којима се маскира судијска слобода и ствара привид да се судска одлука може дедуковати из неке опште норме.[68] Ево једне типичне Росове изјаве у том правцу: „Конструктивна улога судије приликом изрицања правде, да дефинише прецизно или да исправи директиву закона ретко је видљива. Обично судија неће признати да његово тумачење има овакав конструктиван карактер, већ ће покушати, техником аргументације, да представи да је до одлуке дошао објективно и да је она обухваћена значењем закона или намером законодавца“.[69] Рос најзад сматра да је интересантан проблем социјалне психологије „зашто се жели прикрити оно што се стварно дешава приликом изрицања правде“.[70]

Емпиријска истраживања, односно анализа примене прописа који се у појединим својим одредбама сматрају манифестима судијске слободе, потврђују Росове наводе о прикривању ове слободе којем прибегава правосуђе у свом раду. Овде мислимо пре свега на чл. 1 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) из 1912. године и по том узору, на параграф 10 Пољског грађанског законика (ПГЗ) из 1934. године. У чл. 1 ст. 2 ШГЗ каже се да у случају када нема изричитог правила на темељу којег би донео своју одлуку, суд суди по обичају, а у случају одсуства одговарајућег обичајног правила, суд одлучује слободно, односно у складу са правилом које би он донео као законодавац. У ПГЗ се понавља ова одредба, с тим што се у случају нејасног закона или када закона нема, судија може позвати на основна начела правног поретка.

У Швајцарској је А. Мајер-Хајоз истраживао четрдесетогодишњу праксу примене одредби које се односе на судијску слободу. Његов закључак је да се судска пракса није изричито позивала на чл. 1 ШГЗ,[71] али да постоје безбројни примери судијског допуњујућег стварања права,[72] на основу чега извлачи закључак да судови прикривају своје конструктивно деловање, односно да је судијска слобода већа него што то судије желе да признају.[73] Исти се закључак може применити и на чл. 4 ШГЗ и пара. 10 ПГЗ, такође и на чл. 8 Српског грађанског законика (СГЗ), који допуштају одлучивање на

[68] А. Рос, 165. У овом часопису је на сродну тему вођена занимљива полемика, вид. Миодраг Мајић, „Начело легалитета   нормативна и културна еволуција“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009, 25 53 и 2/2009, 29 54 и Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 66 107.

[69] А. Рос, 178.

[70] *Ibid*., 181.

[71] Arthur Meier Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zurich 1951, 122.

[72] *Ibid*., 203.

[73] *Ibid*., 206.

основу правичности и једнакости, за које се сматра да омогућују да судија делују слободно, чак и у *contra legem* правцу.[74]

Ревизионе пресуде Врховног касационог суда Србије (раније Врховног суда Србије – ВСС), на које ћемо се позвати, такође потврђују постојање праксе *contra legem* одлучивања, која се ретко упражњава и која је прикривена, при чему се кроз такве одлуке види и то да је ово одлучивање плод личног осећаја судије које је у великој мери израз зреле правно-методске свести.

Тако на пример, у једној пресуди из 2007. године (Рев. 606/06), ВСС је поступио супротно (*contra legem*) чл. 201. Закона о облигационим односима (ЗОО) који регулише питање накнаде нематеријалне штете. Наиме, по овој одредби право на накнаду нематеријалне штете у случају смрти неког лица имају чланови његове уже породице: брачни друг, деца и родитељи. Пресудом Окружног суда у Нишу (Гж. Бр 1628/05 од 31.8.2005) ово право је признато и маћехи настрадалог. Тужена страна (МУП Србије, јер је настрадали био припадник полиције) изјавила је ревизију против ове пресуде због погрешне примене материјалног права. Врховни суд је ревизију тужене одбио као неосновану чиме је одлучио супротно чл. 201 ЗОО, јер маћеха није члан уже породице и не спада у круг лица која по закону имају право на ову врсту накнаде. Врховни суд је у свом образложењу применио телеолошко-систематско тумачење и успостављени однос блискости и поверења између маћехе и пасторка уподобио породичним везама између родитеља и детета у смислу чл. 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода и права на заштиту породичног живота.[75]

Као што се да видети, у изложеном примеру суд је одлучивао *contra legem* из разлога правичности, тј. ради отклањања вредносних противречности до којих је дошло услед тога што се сличан

[74] Међу ретким ауторима који су се изјашњавали на ову тему у нашој литера тури, М. Бартош и Б. Марковић изричито сматрају да се овим одредбама на велика врата уводи пракса *contra legem* одлучивања, Милан Бартош, „Пољско грађанско право“, *Архив за правне и друштвене науке* 3 4/1928; Божидар С. Марковић, *О пра ведном праву*, Нови Сад 1993, 41.

[75] Врховни суд Србије је могао да примени телеолошко систематско тумачење и позивањем на изворе права унутрашњег правног поретка Србије. На пример, наш Закон о наслеђивању у чл. 9, ст. 1 говори о лицима која спадају у први наследни ред, где су уврштени оставиочеви потомци и његов брачни друг. Међутим, у чл. 9, ст. 3 овог закона говори се о наследним правима оставиочевог детета коме оставиочев брачни друг није родитељ (очух или маћеха) и признао одређена права и овим лици ма. Према томе, ако се очух или маћеха сврставају под одређеним условима у први ред наслеђивања, телеолошко систематским тумачењем, ради избегавања вреднос них противречности, односно из разлога правичности, може се признати очуху или маћехи и право на накнаду нематеријалне штете позивањем на Закон о наслеђивању у смислу, као у ревизији о којој је реч.

однос (овде породични однос) у различитим законима регулишу на другачији начин. Исто тако, видимо да се суд у том правцу руководио методом телеолошко-систематског тумачења (позивање на друге изворе права и њихов *ratio legis*), који није изричито именован. Осим тога, видимо и то да се у својој одлуци по уложеној ревизији тужене суд није изјаснио да у овом случају одлучује *contra legem*, већ је једним херменеутичким еуфемизмом само констатовао да је нижестепени суд исправно применио материјално право.

Други пример у изложеном правцу је пресуда где је ВСС у поступку ревизије (Рев. 2917/05) одлучио супротно чл. 15 Закона о стамбеним односима (ЗСО) из 1990. године који одређује круг лица који имају статус члана породичног домаћинства и могу да наставе коришћење станарског права после смрти претходног носиоца станарског права. Овде је у поступку ревизије суд усвојио ревизију особе која је сестра претходног носиоца станарског права, што је супротно чл. 15, ст. 2 и 3 ЗСО. Врховни суд је у овом случају такође применио телеолошко-систематско тумачење позивајући се на раније закон из стамбене области (ЗСО из 1966. године), који је у чл. 12 знатно шире одређивао круг лица који се сматрају чланом породичног домаћинства. Међутим, овде се не ради о *contra legem* одлучивању, стога што постоји правни основ за позивање на претходни ЗСО. У овом случају то је чл. 60, ст. 5 тада важећег ЗСО из 1990. године, где се у прелазним и завршним одредбама говори о лицима која могу стећи статус члана породичног домаћинства по ранијем закону. Другим речима, чл. 60 ЗСО из 1990 је правни основ за решавање вредносне противречности између чл. 15 ЗСО из 1990. године и чл. 12 ЗСО из 1966. године, па се овде не ради о *contra legem* одлучивању.

Ипак, ревизиона пресуда у овом случају такође представља пример *contra legem* одлучивања, јер је право члана породичног домаћинства признато сестри претходног носиоца станарског права која је ово право изгубила по основу чл. 15, ст. 5 ЗСО из 1990. године. Наиме, поменута је у једном тренутку купила сопствени стан (и касније га продала), чиме се сматра да је решила своје стамбене потребе и чиме је изгубила право да се било како нађе у кругу лица која могу да наставе коришћење станарског права. Интересантно је да у овом случају имамо *contra legem* одлучивање без примене телеолошко-систематског тумачења, односно без позивања на друге изворе права и њихове вредносне основе (*ratio legis*), већ само позивањем на разлоге правичности. Наиме, у овом случају суд се руководио чињеницом да је тужена продала стан и прешла у породично домаћинство са сестром и својом мајком, како би могла да им помогне у лечењу од канцера, од чега су обе и умрле.

У сваком случају, и ова пресуда је пример *contra legem* одлучивања, и то где није било услова за примену телеолошко-систе-

матског тумачења, већ се суд водио искључиво разлозима правичности, и где је коришћењем одређених аргументативних техника прикрио одлучивање супротно закону. Поређења ова два примера такође показује да је први облик *contra legem* одлучивања поузданији и више у духу осталих канона тумачења права, јер примена телеолошко-систематског тумачења омогућава да се једна таква судска одлука на оптималан или коректан начин уклопи у правни поредак. Други пример (из стамбене области), указује да је *contra legem* доношење одлука само на основу правичности мач са две оштрице, отварање пандорине кутије арбитрерности, којим се релативизују остали принципи правног поретка, пре свега законитост и правна сигурност.

Изложени примери указују да правни поредак није имун на вредносне противречности и да се не тако ретко управо *contra legem* одлучивање намеће као метод њиховог отклањања. У том правцу, изгледа да контралегално јудицирање тада заправо искрсава као метод најбезболнијег и најрационалнијег отклањања вредносних противречности, односно неправедних решења, и то како са становишта права странака у поступку, тако и са становишта ефикасног и економичног функционисања правног поретка. У сваком случају, ово је тема која из разних разлога није толико присутна у литератури, иако правна пракса напросто тражи њену озбиљнију доктринарну обраду. Овај рад је покушај да укажемо како је *contra legem* одлучивање реалност са којом се морамо суочити и у односу на коју се морамо одредити. Такође, рад је и покушај методске артикулације овог облика слободног судијског одлучивања.

С обзиром на основни циљ рада (методска артилулација *contra legem* судске праксе), изостала је обрада неких других облика контралегалног доношења судских пресуда, насталих као израз специфичних друштвених околности које су дошле до изражаја у функционисању правног поретка појединих земаља. На пример, у Француској, ауторитет Наполеоновог грађанског законика је био сувише велики да би уопште било помена о једној оваквој пракси. Међутим, индустријске и политичке револуције чији је епицентар била и Француска, захтевале су промене Законика. Француски рецепт иновација и новелирања Законика била је аналогија. Но, како то истиче наш Ж. Спасојевић, који се тада нашао на извору најважнијих тенденција у развоју правне херменеутике у Француској, судови су врло често границе аналогије ширили до те мере да се она претварала у *contra legem* одлучивање.[76]

[76] Живан Спасојевић, *Аналогија и тумачење, Прилог проучавању метода у приватном праву*, Београд 1996, 76 98. О недопуштености аналогије у овом облику, вид. Claus Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lucken im Gesetz*, Berlin 1964, 180 188.

Dr. Saša B. Bovan

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CONTRA LEGEM DECISION MAKING THE PANDORA'S BOX OF LEGAL HERMENEUTICS

Summary

The author examines the relation between the reality of *contra legem* decision making and the necessity for a methodical articulation of this form of judicial work. *Contra legem* decision making is analyzed as a method of the least painful and the most rational dealing with the value based discrepancies, which derive from the instances of relatively similar social relations being regulated differently. The author offers examples of the *contra legem* decision making of the Supreme Cassation Court of Serbia.

Key words: *The movement of free law (la libre recherche du droit, Freirechtsbewegung). – Freedom as a method of interpretation of law. – Contra legem decision making. – Radbruch's formula.*

УДК 347.232.1(497.11)”18”

Др Милена Полојац*

СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК И ОДРЕДБЕ О ПРИСВАЈАЊУ ДИВЉИХ ЖИВОТИЊА: РЕЦЕПЦИЈА ИЗВОРНОГ РИМСКОГ ПРАВА

Рад представља романистички прилог истраживању непосредног утицаја изворног римског права на српску кодификацију грађанског права и ублажавању преоштрих оцена који су изречене на рачун Српског грађанског законика из 1844. године и његовог творца Јована Хаџића. Осим тога, циљ овог рада је да се широј читалачкој публици, који нису романисти, приближи богато и вредно римско наслеђе. Поређењем одговарајућих параграфа Српског грађанског законика који се односе на стицање својине присвајањем дивљих животиња са својим узором и изворником Аустријским грађанским закоником из 1811. године, с једне стране, и с оним што су нам у наслеђе оставили римски правници, с друге стране, може се доказати да је Јован Хаџић добро познавао и умешно користио текстове класичних римских правника, пре свега Гаја, те да је на тај начин у Српски грађански законик унео изворно римско право.

Кључне речи: *Рецепција изворног римског права. Присвајање. Дивље животиње. Својина. Државина.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Наш однос према Српском грађанском законику (даље: СГЗ) је у извесној мери амбивалентан. С једне стране понос изазива чињеница да је то једна од најранијих модерних кодификација грађанског права на тлу Европе, којој се свакако могу приписати заслуге за стварање и учвршћивање институција државе у настанку, за подизање правне културе и повезивање с правном традицијом Европе на темељима римског права, за заштиту приватне својине и слично. С друге стране, оштре критике на рачун кодификације из различи-

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *polojac@ius.bg.ac.rs*.

тих разлога су почеле одмах по њеном доношењу и наставиле се све до њеног укидања. Нарочито је негативно оцењен квалитет закона у односу на Аустријски грађански законик (даље: *ABGB – Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*), који је као узор и модел послужио кодификатору Јовану Хаџићу.

Предговор преводу Аустријског грађанског законика на српски језик Драгољуб Аранђеловић почиње следећим речима: „Нашим правницима још за време школовања предаје се, да је наш грађански законик лош извод из аустријског грађанског законика, а у првој књизи г. Андре Ђорђевића 'Систем приватног (грађанскога) права Краљевине Србије' на стр. 40 почетник правник чита ову критику Павла Шерголића о нашем грађанском законику и о односу његовом према аустријском: 'Који предузме да законик грађански за Књажевство Србију сравни са законима грађанским за аустриске немачке наследствене земље, тај ће наћи, да су не само поједини параграфи, него и читаве Главе, из књиге закона грађански аустриски преведене, и унете у законик грађански за Србију'".[1]

Кодификатор Јован Хаџић имао је сличну судбину као и његово дело. Иако га је Слободан Јовановић сматрао за најистакнутнију личност нашег законодавства,[2] доживео је више критика него похвала. Између осталог, Хаџић се сматра компилатором, преводиоцем, преписивачем без оригиналних идеја. Такав тренд се срећом у последње време напушта и настоји се постићи објективнија и уравнотеженија слика о Законику и његовом састављачу.[3]

Допринос романиста само је прилог у општем преиспитивању преоштрих оцена који су изречени на рачун Српског грађанског законика и његовог творца Јована Хаџића и које, будући да потичу од неспорних ауторитета наше цивилистике, нису узимане с резервом, него пре по аутоматизму. Напор да се истражи непосредан утицај изворног римског права на нашу једину кодификацију грађанског права учинио је за сада један број наших романиста чији су научни прилози скоријег датума.[4] Пре тога није много преиспитиван став да

[1] *Аустријски грађански законик,* превео др Драгољуб Аранђеловић, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1906.

[2] Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе,* I III, Београд 1990, II, Јован Хаџић 275 (први пут објављено 1899, а у прерађеном облику 1908. године у делу *Политичке и правне расправе*, прва свеска).

[3] Вид. нарочито најновији допринос у том правцу Sima Avramović, „The Ser bian Civil Code of 1844: a Battleground of Legal Traditions", *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen im 19. und 20. Jahrhundert*, Bd. II *Serbien und Bosnien Herze gowina*, Frankfurt am Mein 2013 (im Druck), као део пројекта који спроводи *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte*.

[4] Пионирски подухват учинила је Јелена Даниловић, „Српски грађански за кон и римско право", *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика*

је рецепција римског права у Србији ишла посредно преузимањем *ABGB*-а.[5]

Овај рад представља прилог расветљавању питања утицаја класичног римског права на СГЗ у једном сегменту, у погледу одредби које се односе на стицања својине окупацијом дивљих животиња. Поређењем одговарајућих параграфа СГЗ са његовим узором и изворником *ABGB*-ом, с једне стране, и оним што су нам у наслеђе оставили римски правници, с друге стране, може се доказати да је Јован Хаџић добро познавао и умешно користио текстове класичних римских правника, пре свега Гаја, те да је на тај начин у СГЗ унео изворно римско право. Тиме је питање стицања својине окупацијом регулисао различито у односу на свој чувени узор *ABGB*, иако на у основи истим римским принципима.[6]

(1844 1994), Зборник радова Српске академије наука и уметности са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994. године (*150 година СГЗ),* Београд 1996, 49 66. Њено истраживање се односи на облигационе уговоре. Утицај изворног римског права на осталу материју изузев облигација истраживала је Драгана Кнежић Поповић, „Удео изворног римског права у Српског грађанском законику“, *150 година СГЗ,* Београд 1996, 67 78. Обиман чланак о рецепцији римског права у средњем веку и у модерно доба написао је Антун Маленица, „Римска правна традиција у српском праву“, *Збор ник Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС),* XXXVIII, 2/2004, том I, 117 139. Аутор налази да је Хаџић испољио самосталност и креативност у систематизацији уводећи одељак о правди и правици, слично првим поглављима Јустинијанових Институција и Дигеста. Сличне потврде налази на још неким приме рима везанима за систематику, као и у регулативи о лицима. Инјурију римског права је у широк контекст ставила и на посредан начин повезала с одредбама о заштити личности у Српском грађанском законику Магдолна Сич, „Заштита човекове лично сти актуелност инјурије римског права“, *Зборник радова ПФНС*, XXXVIII, 2/2004, том 1, 141 167. Нове аргументе у вези са систематизацијом код облигационих уго вора и њеној повезаности с римским правом износи Самир Аличић, „Систематика одредби о облигационим односима у Српском грађанском законику у светлу систе матике Јустинијанових Институција“, *Зборник радова ПФНС,* XXXVIII, 2/2004, том I, 383 414; Исти аутор у другом раду објављеном на италијанском језику, анализира главу XVIII СГЗ (о поклонима), упоређујући ове чланове с одговарајућим члановима *ABGB* а, као и с изворним римским текстовима, Samir Aličić, „Un`esempio di recezione diretta del diritto romano nel Codice civile serbo (1844), *Revista de Ştiinţe Juridice*, 4 2007, 81 89 *http://drept.ucv.ro/RSJ/Articole2007nr4.html*. Кад је реч о ортаклуку, СГЗ није преузео изворно римско право, него решења *ABGB* а, Милена Полојац, „Уговор о ортаклуку *de lege ferenda* (критички осврт на предлог Комисије за израду Грађанског законика)“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције, 3,* (ур. Стеван Лилић), Београд 2008, 104 120. Емилија Станковић, *О Српском грађанском законику,* Крагујевац 2009, 7 270 уврштује у књигу поглавље о утицају римског права на Српски грађански законик, у којем указује на могуће утицаје изворног римског права и наглашава да је потребно извршити темељно и свеобухватно испитивање. Слично и у поглављу о главним карактеристикама најважнијих правних института, у којем се већим делом ослања на претходна истраживања. Део ове књиге је и текст СГЗ на енглеском језику у преводу Силве Митровић.

[5] Живко Милосављевић, *Римско приватно право*, I III, Београд 1899 1900, I, 5.

[6] О утицају римског права на *ABGB* посебно A. Steinwerter, „Der Einfluss des römischen Rechtes auf die Kodifikation des bürgerlichen Recht in Österreichs“,

Рад има још један циљ, а то је да се широј читалачкој публици, који нису романисти, приближи богато и вредно римско наслеђе. Ставови, проблеми и несугласице римских класичних правника сагледавају се овде кроз изворне текстове. Једино је тако могуће увидети многобројне аспекте утицаја изворног римског права на наше модерно грађанско право.

2. НАСЛЕЂЕ РИМСКОГ ПРАВА

Ствари које не припадају никоме – *res nullius* могу бити предмет окупације и постају својина онога ко их први узме у државину. Такве су ствари у римском праву свакако дивље животиње. Препознатљив метод римских правника, класични римски *responsum* и с тим у вези казуистички метод, дошли су овде до изражаја као у ретко којем другом питању. Низ познатих случајева, проблема које они отварају, дилема и контроверзи међу римским правницима, остали су предмет интересовања све до данашњих дана, како због дидактичких разлога, тако и због научних. Треба само споменути контроверзу између Требација и већине правника око стицања државине над рањеном дивљом животињом,[7] Прокулов случај дивље свиње ухваћене у замку[8] или Помпонијев случај пастира који је спасао свињу из чељусти вука, о чему ће овде још бити речи.[9] Они су нашли места у научним расправама, обрадама, уџбеницима, приручницима, па чак и у судским пресудама,[10] као и законодавству. Посебну вредност ови римски

L`Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker, I, Milano 1954, 405 426. Аутор говори о великом утицају догматике општег права (*ius commune*) које је нашло места у овој кодификацији, поред завршног печата који јој је дало природно право. То је, међутим, већ научно обрађено и у складу са средњовековним начином мишљења прерађено, а не изворно римско право. Аутор говори и о утицају римског права кроз правничко образовање, нарочито кроз заступљеност материје у програму образовања правника на Бечком универзитету.

7 D.41.1.5.1 (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum) Just. Inst. 2.1.13.

8 D.41.1.55 (Proculus 2 epistularum).

9 D.41.1.44 (Ulpianus libro 19 ad edictum).

10 Расправа између Требација и већине правника нашла је одјек у случају који стигао пред Врховни суд државе Њујорк 1805, Пирсон против Поста (*Pierson v. Post*). Овај школски поучан пример се налази у готово свим америчким књигама случајева (*casebook*) о својини намењеним студентима прве године. Тужилац Пост који је у лову ранио лисицу и прогонио је са својим псима, тужио је Пирсона зато што му је, пре него што ју је успео да узме, преотео лисицу. Тужилац Пост добио је спор пред нижим судом, али је Врховни суд Њујорка (*New York Supreme Court*) пресудио у корист туженог Пирсона. Суд је одлучио да Пост још није стекао својину над лисицом, ослањајући се на Јустинијанове Институције и ставове Гроција и Пуфендорфа, који су прихватили став Гаја односно Јустинијана. Суд је тако применио

казуси имају због тога што се у њима не расправља само проблем стицања својине, него и многи други темељни правни проблеми који су везани за чињенице које се у случају износе. То су нпр. питања везана за стицање и губитак државине, питање аквилијанске одговорности за штету, затим крађе и слично.

Информације о окупацији дивљих животиња добијамо од Гаја најпре из Институција,[11] а онда још детаљније из његовог каснијег дела *Res cottidianae sive aureae*. Готово све оно што су компилатори уврстили у Дигеста, а тиче се окупације дивљих животиња, преузето је из ове Гајеве књиге. Осим тога, овако компилиран почетак титулуса *De adquirendo rerum dominio* (*D.41.1.1–5*) преузет је у скоро идентичном облику у Јустинијанове Институције у оквиру наслова *De rerum divisione* у другом коментару Јустинијанових Институција (2.1.12–16).

Према Гају (*D.41.1.1*), предмет стицања својине окупацијом су дивље животиње (*ferae bestiae*), птице и рибе. Примери за дивље животиње се овде не наводе, али је из текста јасно да Гај израз дивља животиња, *fera bestia*, ограничава на дивље копнене животиње, за разлику од риба и птица које су такође дивље, али живе у води односно ваздуху:

Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt. (Све, дакле, животиње, које се ухвате на земљи, мору или ваздуху, то јест дивље животиње, птице и рибе, постају власништво[12] онога ко их ухвати).

норме природног права у које је инкорприсано римско право, не могавши наћи ослонац у позитивном праву. Детаљније Ch. Donahue, „Noodt, Titius, and the Natural Law School: The Occupation of Wild Animals and the Intersection of Property and Tort“, *Satura Robert Feenstra* (Hrsg. J.A. Ankum, J.E. Spruit, F.B.J. Wubbe), Fribourg 1985, 609 629; Herbert Hausmaninger, *Casebook zum römischen Sachenrecht,* Wien 1993L , 28 29; такође Rolf Knütel, „Von schwimmenden Inseln, wandernen Bäumen, flüchten den Tieren und verborgenen Schätzen (zu den Grundlagen enzelner Tatbestände orig inären Eigentumserwerbs)“, *Rechtsgeschichte und Privatrechtdogmatik* (Hrsg. Reinhard Zimmerman in Verbindung mit Rolf Knütel and Jens Peter Meincke), Heidelberg 1999, 566.

[11] Gai Inst. 2. 67 68.

[12] Изрази својина или власништво (*dominium, proprietas*) се не појављују често у римским правним текстовима, па ни у овом, него се употребљавају формулације као нпр. *capientium fiunt, occupantis fit, nostrum esse.* Римски правници су, дакле, радије говорили да је неко прибавио ствар, да ствар некоме припада (нпр. ономе ко је ухвати, окупира). Овако А. Маленица, 132 133. Милошевић објашњење за то налази у чињеници да је својина као самостална правна установа први пут у историји права настала код Римљана након дугог и компликованог развоја. Наиме, пре тога је припадање ствари неком лицу у оквиру имовинског права било заштићено у споровима поводом деликата или уговора где се често не поставља питање својине, него се суди о допуштености или недопуштености неког понашања. Тек у следећој фази Римљани су створили самосталну правну установу, с чак два

Дивље животиње, птице и рибе се стичу у својину хватањем на земљи у води или ваздуху, тј. стављањем ових животиња под контролу или надзор онога ко их ухвати. Овај надзор или контрола се у вокабулару Гаја назива *custodia,* а коинцидира са стицањем физичке власти над животињом – *possessio*, па се *custodia* у овом случају може изједначити са стицањем државине.

D.41.1.3.2: Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit. (Штогод од тих ствари ухватимо, дотле се сматрају нашима, све док се налазе под нашим надзором. Када, међутим, избегну испод нашег надзора и врате се у стање природне слободе, престају бити наше и поново постају власништво онога ко их окупира).

D.41.1.5. pr: Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio. (Сматра се да стичу природну слободу онда када нам побегну из видокруга или су нам и даље видљиве, али је тешко да их следимо).

Својина над овим животињама траје, дакле, све док траје физичка власт односно надзор над животињом, а губи се онда када животиња побегне, измакне контроли стицаоца и стекне природну слободу. Гај прецизира да је то моменат када нам више није на видику или када је очигледно да је више не можемо стићи. Од тог тренутка се животиња опет сматра за *res nullius* која ће припасти ономе ко је први ухвати, тј. окупира. Правно правило које проистиче из овог Гајевог текста је јасно: стицање својине окупацијом се поклапа са стицањем државине и обрнуто, својина се губи у оном моменту када се над овим животињама изгуби државина. Такође је видљиво да Гај прихвата доминантан став римског класичног права по којем се државина стиче *corpore et animo,* према прилично строгим и уско тумаченим правилима, а да се губи теже – наиме, државина се не губи моменталним губитком непосредне физичке контроле.

Гај затим говори о врсти животиња у коју је примерице убројао паунове, голубове, пчеле и јелене. Њихова је специфичност у томе што оне нису стално под непосредном контролом власника, имају обичај да одлазе и долазе тзв. *animus revertendi*. За њих је уведено правило да се својина не губи већ онда када одлутају и изађу изван наше контроле, него тек онда када изгубе „намеру“ да се враћају

назива за њу, али нису имали потребу да је дефинишу, нити да је теоријски обраде, па свест о својини остаје на новоу присвојних израза, вид. Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2007, 250 и даље. Ипак, у преводу често није могуће избећи употребу овог важног правнотехничког термина.

или обичај да се враћају. Основно правило које се примењује на дивље животиње није промењено, него је овде само шире схваћен губитак државине. Док код дивљих животиња физичка контрола над животињом мора бити непосредна и стална, то код ове друге категорије животиња није случај.

Ипак, у текстовима су видљиве неке неусклађености које изазивају недоумице нпр. кад је реч о пчелама. У текстовима из *Res cottidianae* (*D.41.1.5.2–4*) Гај је изричит кад је реч о дивљој природи пчела:[13]

2. Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit. 3. Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. 4. Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit. (2. И пчеле су дивље по природи, па ако се спусте на наше стабло, оне се, пре него што их у кошницу затворимо, не могу сматрати нашим, исто онако као ни птице које су на нашем стаблу савиле гнездо. Стога, ако их други ухвати (у кошницу) он ће постати њихов власник. 3. Мед који оне направе, може поседовати ко год, а да то није крађа, али као што смо претходно рекли, оном ко улази на туђе земљиште власник, ако сазна, с правом може да забрани улазак, ако је тако предвиђено. 4. Рој (пчела) који је излетео из наше кошнице, сматра се дотле нашим док га ми погледом пратимо и док га није тешко прогонити; иначе припада ономе ко га окупира).

Државина, а самим тим и својина над пчелама се стиче на исти начин као и на птицама. Није довољно то што оне слете на наше стабло, оне тиме не постају наше него и даље остају *res nullius*. Потребно их је затворити у кошницу, чиме се успоставља контрола, надзор, физичка власт над њима. Такође, и кад је реч о губитку државине односно својине, нема никакве разлике, како произлази из текста, између пчела и осталих дивљих животиња, риба и птица (*D.41.1.5.4*). С овим последњим их, природно, Гај изједначује; све док се могу пратити погледом и ухватити оне су наше, а када то није случај постају поново *res nullius* и припадају ономе ко их окупира.

[13] Одређивање природе пчела представљало је велик проблем. За Плинија оне нису ни дивље нити питоме, док Варон сматра да су неке пчеле дивље, а неке питоме. Grant McLeod „Wild and tame animals and birds in Roman law", *New Perspec tives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas* (ed. Peter Birks)*,* Oxford 1989, 176.

Међутим, већ у тексту *D.41.1.5.5.* у којем се у првом реду говори о пауновима и голубовима примећује се недоследност, па и нелогичност:

Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. Intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. (Паунови и голубови без обзира на своју дивљу природу, имају обичај да одлећу и долећу: то исто чине и пчеле, чија дивља природа је сигурна: такође нико не негира дивљу природу јелена које неки имају припитомљене, и који одлазе у шуме и враћају се. У случају ових животиња, дакле, које имају обичај да одлазе и да се враћају, установљено је правило, да се нашима сматрају све док имају вољу да се враћају. Али ако изгубе ову вољу враћања (*animus revertendi),* престају бити наше и постају власништво онога ко их окупира. Сматра се да су изгубиле вољу враћања онда када више немају обичај да се враћају).

Наиме, овде се пчеле, заједно са пауновима и голубовима убрајају у посебну поткатегорију дивљих животиња које имају обичај да одлазе и враћају се, имају тзв. *animus revertendi.* Зато се сада на њих примењују посебна правила о губитку државине, а не она општа као код осталих дивљих животиња и птица. Државина и својина се не губи одмах када оне оду, одлете, одлутају, ако се после тога опет врате. Над њима се губи државина, а тиме и својина тек онда када трајно изгубе вољу, тј. обичај да се враћају.

Ова противречност има своју позадину и може се разумети у светлости несугласица које су постојале између римских правника пре Гаја. Прокул и Целз су протагонисти једне такве контроверзе, о чему сазнајемо из Улпијановог текста уврштеног у *Collatio* који се тиче пре свега аквилијанске одговорности за штету:[14]

Collatio, 12.7.10 (Ulp. 18 ad edictum): Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare conpetere legis Aquiliae actionem, inter

[14] О овој контроверзи David Daube, „Doves and Bees“, *Mélanges Henry Lévy Bruhl,* Paris 1959, 63 75 *Collected Studies in Roman Law II (*Hrsg. David Cohen und Dieter Simon*),* Frankfurt am Main 1991, 899 913; Bruce W. Frier, „Bees and Lawyers“, *Classical Journal* 78, 1982/1983, 105 114; B. W. Frier, „Why Did the Jurists Change Ro man Law? Bees and Lawyers revisited“, *Index,* 1991, 135 146.

quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt (= *D.9. 2.27.12*).[15] (Целз пише у двадесетседмој књизи дигеста: ако си запалио моје пчеле које су слетеле на твоје земљиште, неки негирају могућност да се подигне тужба из Аквилијевог закона, а међу њима и Прокул (с образложењем) да пчеле нису биле у мом власништву. Али Целз је то сматрао погрешним, јер пчеле имају обичај да се враћају и мени доносе корист. Али Прокул је ово одбацио сматрајући да (пчеле) нису припитомљене (нити су тако затворене да не могу побећи). Целз каже да нема разлике између њих и голубова, који ако побегну, враћају се кући.)

Питање је, дакле, постављено у вези с применом Аквилијевог закона, када су пчеле одлетеле на туђе земљиште и тамо их је запалио власник тог земљишта. Да ли власник земљишта који је запалио пчеле одговара за штету по правилима Аквилијевог закона? Прокулов одговор је негативан с образложењем да тужилац нема активну легитимацију за подизање аквилијанске тужбе, јер је престао бити власник пчела које су одлетеле. У питању је строго формално схватање правила о губитку државине, а тиме и својине над дивљим животињама у које спадају и пчеле. Оне морају бити под непосредном контролом, практично затворене у кошници, а пчеле у лету престају бити у државини, а тиме и у својини и постају *res nullius.* Другачије је мишљење Целза, правника млађе генерације, који се позива на то да пчеле спадају у посебну подврсту животиња које имају обичај да се враћају. Поред овог формалног аргумента, Целз наводи још један ванправни, у ствари економски аргумент, а то је да пчеле доносе корист власнику. Правило је, дакле, уподобљено друштвеној и економској реалности и има смисао да заштити пчеларе чија активност доноси корист њима и друштву. Јасно је да пчеле које су затворене у кошници не могу бити корисне, а строга примена формалног права ускратила би могућност власницима пчела да полажу право на њих у моменту када су у лету.[16]

Целзов став је у потпуности превладао тако да је на одговарајућем месту у Дигестама у оквиру титулуса *De lege Aquilia (D.9.2.27.12)* задржан само Целзов став без осврта на, очигледно, превазиђену контроверзу.

[15] Текст је проблематичан и очигледно искварен приликом компилације. Један покушај поправке текста дао је B. Frier (1982/1983), 105 114. Иза речи *fuerint* реченица се наставља и гласи: *ut diffugere non potuerint*. А уместо краја текста који нема много смисла аутор предлаже: *si manum refugiunt, domi tamen remanent.*

[16] B. W. Frier, (1991), 138 и даље.

У параграфу шест истог фрагмента *(D.41.1.5.6),* вероватно у едукативне сврхе, супротстављене су дивље и домаће животиње:

Gallinarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. Itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. Qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit. (Кокошке и гуске нису дивље по природи: очигледно је, додуше, да постоји и друга врста дивљих кокоши и дивљих гусака. Стога, ако због тога што су биле узнемирене на било који начин, моје гуске и кокошке одлете далеко, тако да не знамо где су, у сваком случају остају у нашем власништву. Онај ко их узме с циљем стицања користи биће нама одговоран за крађу).

У случају домаћих животиња, чињеница да су ове животиње одлутале и тиме изашле изван контроле и надзора власника, који је тако изгубио државину над њима, не доводи у питање његово власништво. Дакле, власништво над питомим домаћим животињама не губи се губитком државине, као што је то случај код дивљих животиња. Овде Гај за пример домаћих животиња наводи перад, кокоши и гуске, наглашавајући да постоје и дивље варијанте за које важе другачија правила.[17] Изгледа да се Гај послужио овим примерима по принципу асоцијација. Наиме, претходно је говорио о пауновима, голубовима и пчелама, па се овде надовезао на исти тип домаћих животиња.

2.1. Помпоније – Улпијан о случају свиње, вука и пастира

D.41.1.44 (Ulpianus libro 19 ad edictum): Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nancti. Cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro transtulit aut quod nobis eripuit? Si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu reciperari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit. Idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum

[17] О тешкоћама кад је реч о класификацији животиња и птица, G. McLeod, 169 176.

esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit. Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, supprimere et intercipere videtur. Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse. (Помпоније расправља: када су вукови уграбили свиње од мог пастира, колон са суседног добра, с робусним и јаким псима које је имао да заштити своју стоку, пратио је вукове и он или пси су преотели свиње. Када је мој пастир тражио свиње, поставило се питање, да ли свиње припадају ономе ко их је спасао или остају наше: јер су на неки начин свиње стечене ловом. Он је размишљао, међутим, као што оно што се улови на земљи или мору, престаје да буде у својини онога ко је уловио онда када (животиње) поново стекну природну слободу, исто тако наше ствари које су отеле дивље морске или копнене животиње престају бити наше, када звери побегну да их више не можемо следити. Ко може рећи да остаје наше оно што птица у лету изнад наше територије или земљишта преноси или што је од нас отела? Ако дакле, власништво (над домаћом животињом коју је отела дивља животиња) престаје и када се ослободи из уста звери постаје власништво онога ко је окупира, то је исто као када риба или дивљи вепар или птица, која побегне испод наше власти, ако је други ухвати постаје његова. Али, ипак он мисли да је вероватније да ствар остаје наша све док се може повратити. Истина је, међутим, оно што пише о птицама, рибама и дивљим животињама. Исто каже, оно што је изгубљено у бродолому, не престаје одмах бити наше: укратко, онај ко то однесе обавезан је да плати четвороструки износ. И свакако је боље рећи да оно што отме вук остаје наше све док се може повратити то што је отето. Ако се дакле остане при овом, сматрам да се може подићи тужба из крађе. Иако колон који је прогонио (вукове) није имао намеру да украде, ипак ту намеру би могао имати ако оно што је тражено не би вратио, сматра се да је утајио и отео. Сматрам да је одговоран по основу тужбе за крађу и по основу *actio ad exhibendum*. Свиње које је он показао могу се захтевати путем виндикације).

Ово је свакако веома упечатљив и сликовит римски случај. Специфичан је по томе што се поставља питање губитка својине над домаћом, питомом животињом, у овом случају то је свиња, коју је отела дивља животиња, у овом случају вук.[18] Из дилема које нам предочава Помпоније, а преноси Улпијан, видљиво је да се случај

[18] Детаљније Renzo Lambertini, „Erepta a bestiis e occupazione“, *Labeo,* 30, 2/1984, 191 202; H. Hausmaninger, 142; Thomas Finkenauer, „Fall 4. D.41.1.44: Das Schwein im Wolfsmaul“, *Juristische Fall Lösungen* (Hrsg. Ulrich Falk, Michele Lumi nati, Mathias Schmoeckel), München 2008, 45 61.

може посматрати на више начина. Према једом од могућих решења свиња се третира на известан начин као припадак (пертиненција, *accessorium)* вука. Одатле је могуће заступати став да свиња која се нађе у чељустима вука као и вук постаје *res nullius* и зато подобна за окупацију. Помпоније овде налази сликовиту паралелу и поставља реторичко питање: „Ко може рећи да остаје наше оно што птица у лету изнад наше територије или земљишта преноси или што је од нас отела?“. То, ипак, није било доминантно мишљење. Преовладавајући став је био тај да се, у складу с општим правилом, својина над домаћом животињом не губи када је изгубљена државина над њом. Зато власник има право да поврати отето, тј. да поврати државину над домаћом животињом. Овде је направљена паралела са стварима које су изгубљене у бродолому. Власништво се не губи све док дотична отета ствар, у овом случају домаћа животиња, постоји.[19] Посебно интересантно питање је проблем правног положаја спасиоца. У наведеном примеру, колон је спасао свињу из чељусти вука. Решење које произлази из наведеног казуса прилично је строго у односу на спасиоца, а свакако је и једнострано, јер има у виду искључиво заштиту власника. Спасилац је дужан да врати спасену ствар, те ако то не уради, чини крађу и одговоран је по општим правилима као лопов, а такође и на основу *rei vindicatio*. Ово правило није идеалан пример вештине правичности. Пре би се рекло да је реч о ригидној примени формалних правила.

3. СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

3.1. Тест „на први поглед“

У СГЗ-у параграфи 235–241 се *stricto sensu* односе на стицање својине присвајањем дивљих животиња, укључујући дивље птице, рибе, голубове и пчеле. Ова обимна законска регулатива је у видној диспропорцији са *ABGB*-ом, који садржи само два члана која се у строгом смислу односе на ово питање[20] (параграфи 383 и 384).[21] Када

19 Такође, својина може престати онда ако се власник те ствари на недвосмислен начин ње одрекао (*res derelicta*).

20 Овај аргумент износи Д. Кнежић Поповић, 74.

21 Von der Erwerbung des Eigentumes durch Zueignung (О прибављању својине присвајањем) 1. durch den Tierfang (ловом животиња).

§ 383. Dieses gilt insbesondere von dem Tierfange. Wem das Recht zu ja gen oder zu fischen gebühre; wie der übermäßige Anwachs des Wildes gehemmt, und der vom Wilde verursachte Schaden ersetzt werde; wie der Honigraub, der durch fremde Bienen geschieht, zu verhindern sei; ist in den politischen Gesetzen fest gesetzt. Wie Wilddiebe zu bestrafen seien, wird in den Strafgesetzen bestimmt. § 384. Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Tiere sind

се то упореди с укупним бројем параграфа *ABGB* (1502) насупрот укупно 950 параграфа СГЗ, онда је на први поглед јасно да не може бити речи нити о преписивању, а камоли скраћивању и сажимању одредби Хаџићевог модела и узора. Осим тога, у наслову Аустријског грађанског законика говори се о прибављању својине окупацијом, тј. присвајањем (*von der Erwerbung des Eigentumes durch Zueigung*). За разлику од тога, СГЗ говори о прибављању ствари присвајањем на начин како то чине и римски правници.[22]

Параграф 235 СГЗ набраја примерице које се све животиње сматрају дивљима:[23] „Дивје зверје шумско, као медведи, курјаци (вуци), зецови, дивји вепрови итд. онога су, ко их ухвати или убије; а тако и дивје птице, биле оне за јело или не, онога су, ко их увати или убије. Кад и где није слободно ловити, опрееделиће се особитом уредбом.“

Служење примерима и набрајањима је свакако у маниру римских правника. Зачудо, оваквог поступка нема у Гајевим текстовима који се односе на окупацију (*D.41.1.1.1*), мада је Гај овај метод примењивао на неким другим местима, нпр. у фрагменту који се односи на Аквилијев закон.[24] Због тога је Хаџићев текст јаснији, комплетнији, логичнији у односу на Гајев. Поред дивљих шумских односно копнених животиња, као и код Гаја су посебно су издвојене

kein Gegenstand des freien Tierfanges, vielmehr hat der Eigentümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigentümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwei Tage nicht verfolgt hat; oder, daß ein zahm gemachtes Tier durch zweiundvierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann sie auf gemeinem Grunde jedermann; auf dem seinigen der Grundeigentümer für sich nehmen, und behalten.

(§ 383. Ово нарочито важи о лову животиња. У политичким је законима прописано: ко има права лова и риболова; како да се спречи прекомерно умножавање дивљих животиња, и како да се накнади штета од њих проузрокована; како да се спречи крађа меда, коју туђе пчеле врше. Како ће се крадљивци диљачи казнити, одредиће се у казненом законику).

(§ 384. Домаће ројеве пчела и друге питоме или припитомљене животиње није слободно хватати, шта више власник има право, да их гони на туђем земљишту, али ипак треба да држаоцу земљишта накнади штету, ако му је нанео. У случају ако власник преседа није вијао рој за два дана, или ако се припитомљена животиња за четрдесет и два дана сама не врати, може их на општем земљишту сваки, а на своме земљишту власник земљишта ухватити и задржати).

Коришћен је превод Драгољуба Аранђеловића. *Аустријски грађански законик,* издање Архива за правне и друштвене науке, Београд 1906.

[22] А. Маленица, 132 133. Вид. фн. 11.

[23] Грађански законик Краљевине Србије, (протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда, средио Гојко Никетић, са предговорима Ж. М. Перића и Д. Аранђеловића), Београд 1909.

[24] D.9.2.2.2 (Gaius, 7 ad edictum provinciale): ...quadrupedes, quae pecudum nu mero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini.

птице и рибе[25] као животиње које могу бити предмет окупације. Прецизирање који уноси Хаџић да се правила односе само на дивље птице вероватно је инспирисано Гајевом примедбом у тексту *D.41.1.5.6*. да постоје дивље и домаће врсте птица. Додатак и следећа примедба Хаџићева да није важно да ли су дивље птице за јело или не, представља још један корак даље у односу на римске правнике у спуштању норме с апстрактног нивоа на ниво свакодневног живота, додајући закону извесну дозу топлине, па чак и хумора.

Овакве одредбе нема у *ABGB*-у. Казуистички манир је стран духу и идејама школе природног права.

3.2. *Regula iuris* и параграф 236

§ 236: „Дивљач уваћена или припитомљена донде је наша, докле се у нашој власти налази; како пак природу дивљачине на себе узме, и испод власти наше изише, престаје бити наша, и припада ономе, који је први увати или убије".

У овом параграфу изражено је правно правило римског права по којем се стицање и губитак власништва над дивљим животињама поклапа са стицањем и губитком државине. Наиме, све док су у нашој државини дивље животиње су и у нашем власништву. Хаџић додуше не користи израз својина или власништво, него говори да је дивљач наша односно да престаје бити наша, што је несумњиво речник римских правника, у овом случају Гајев. Из овог текста произлази такође да се припитомљене животиње у правном смислу третирају као дивље, слично како то произлази из Гајевих текстова (*D.41.1.3.2*).

Ни ова правна регула није садржана у *ABGB*. Осим тога, *ABGB* припитомљене животиње ставља у исту категорију с питомим, домаћим животињама.

3.3. Дивље и домаће животиње и параграф 238

§ 238: „Животиња питома, као коњи, волови, итд. гуске, патке, кокоши, ћурке итд. ако и испод наше власти изиђу, опет остају наше, и право нам припада на повраћај, и сваки је дужан издати".

Као и у Гајевим текстовима, направљен је контраст између дивљих и домаћих животиња (*D.41.1.5.6*). Својина над домаћим животињама не губи се губитком државине над њима. Међутим, за разлику од Гаја, Хаџић проширује листу домаћих животиња које примерице набраја. Ту су осим Гајеве перади (кокоши и гуске) такође и говеда. Овај поступак је сасвим умесан и доприноси бољем квали-

[25] § 237: „И риба се сматра као шумско зверје, онде гди особитом уредбом право риболова није забрањено или коме уступљено".

тету и логичности норме. Већ је изражена претпоставка да се Гај ограничио само на кокоши и гуске због асоцијације на голубове и паунове.

Овакве одредбе такође нема у *ABGB*-у.

3.4. Пчеле и голубови, параграфи 239–241

§ 239: „Ројеви домаћи и голубови наши су тако, као и друга питома животиња".

§ 240: „Рој од твога преседа твој је; и ти имаш власт устопце вијати га, и где год нађеш, узети га. Но ако ти њега за 24 сахата вијати пренебрегнеш, престаје бити твој, и припада као и друга дивјач ономе, који га увати".

§241: "Рој шумски у грму сматра се као ствар ничија, и припада ономе, који га први нађе и грм закрсти".

Пчеле су важна тема, али и проблем како римских правника тако и законописаца *ABGB*-а и СГЗ-а, те је њима посвећено више простора. О голубовима, међутим, *ABGB* не говори, док то чини Хаџић угледањем врло вероватно на Гајеве текстове. Хаџић голубове сврстава међу питоме животиње. Видели смо да је то питање било проблематично за римске правнике, и да су голубови као припитомљене животиње третирани као подврста дивљих животиња.[26] За пчеле Гај каже да је њихова природа несумљиво дивља, а Хаџић сматра да постоје две врсте пчела; питоме и дивље. У пар. 240 СГЗ одређено је право власника питомих пчела да их траже и прогоне, али ако прође непрекидно 24 сата, пчеле се сматрају сада дивљима и погоднима за стицање својине окупацијом. Видљива је веза с римским правом и животињама које имају тзв. *animus revertendi.* Ипак, чини се да је Хаџић дошао до сличног решења као и римски правници иако је пошао нешто другачијим путем. Пчеле су питоме животиње и због

[26] Недоследности класификације уочио је Даубе и луцидно објаснио у светлости промене схватања и рекласификације. Наиме, у почетку су голубови, слично и паунови, као припитомљене животиње изједначаване у основи с питомим животињама. Ове птице када лете не престају бити у власништву на исти начин као домаће животиње, гуске и патке, на пример. Пчеле су, међутим, дивље. Када лете нису у власништву. Овај стари став који је видљив код Прокула променио је Целз уз аргументацију да се пчеле не разликују од голубова зато што одлећу и долећу. Сада су голубови и пчеле у истој категорији животиња које одлазе, али имају обичај да се враћају. Због тога је требало рекласификовати голубове као припитомљене животиње у подврсту дивљих животиња. Тиме је створена нејасна разлика између дивљих и припитомљених животиња. Било је такође неопходно модификовати и ускладити правила о стицању и губитку својине над дивљим животињама и прилагодити их категорији животиња које имају *animus revertendi.* Сада је речено да чињеница што ове животиње лете и одлазе изван домашаја физичке власти у ствари не значи губитак државине, D. Daube, 900 и даље.

тога остајемо власници пчела и када оне одлутају, али оне могу повратити своју дивљу природу, ако одустанемо од потраге за њима, а од њиховог нестанка прође 24 сата.

У *ABGB*-у исто основно правило примењује се на домаће пчеле, остале домаће животиње, као и на припитомљене животиње, чиме су домаће и припитомљене животиње, за разлику од римског права, сврстане у исту категорију. Оне нису подобне за стицање својине окупацијом, а својина се не губи губитком државине. Међутим, и овде су видљиве поткатегорије. Припитомљене животиње неодољиво подсећају на римску категорију животиња које имају *animus revertendi.*

У *ABGB*-у, као и у СГЗ-у, видљив је јак утицај римског права, а посебно су трага оставиле и све недоумице римских правника око класификација животиња, нарочито пчела и припитомљених животиња. Међутим, ни у овом случају Хаџић није преписао решења која нуди *ABGB*.

3.5. Параграф 256 као „крунски доказ" везе СГЗ и римског права

§256: „Овца моја, коју ти од вука отмеш, није твоја, но моја, ако ти труд наплатим и штету, коју си претрпео, накнадим; које неможе више изнети од вредности овце".

Иако строго узевши не припада нормама које се тичу стицања својине окупацијом, ова одредба је у уској вези с овим питањем. Казуистички формулисана норма неодољиво подсећа на случај о којем говори Помпоније, а преноси Улпијан, о свињи коју је отео вук, а спасао колон, закупац суседног земљишта (*D.41.1.44*).

Норму сличног смисла, али апстрактно формулисану, налазимо у *ABGB* (§403).[27]

Тешко би било поверовати да Хаџић није био у ситуацији да прочита упечатљив римски казус. Ипак, решење које прописује пар. 256 представља истовремено корекцију римског строго формалистичког и у основи неправичног решења, које има у виду само правила о зашитити својине, а не и потребу да награди храброг спасиоца који није имао никакву обавезу да се ангажује и излаже опасности спашавајући туђу ствар. Те норме, о праву на награду спасиоцу, су разрађене у *ABGB*, а неке од њих преузима и СГЗ.

[27] § 403: „Wer eine fremde bewegliche Sache von dem unvermeidlichen Verluste oder Untergange rettet, ist berechtigt, von dem rückfordernden Eigentümer den Ersatz seines Aufwandes, und eine verhältnismäßige Belohnung von höchstens zehn von Hundert zu fordern". (Ко какву туђу покретну ствар спасе од неизбежног квара или пропасти, има право тражити од власника, који ствар натраг захтева, накнаду својих трошкова и сразмерну награду од највише десет од сто).

4. ЗАКЉУЧАК

ABGB је несумњиво извршио огроман утицај на Јована Хаџића и СГЗ. Ипак, није тачна уврежена тврдња да је Хаџић само превео и некритички преузео сва решења из свог узора и модела. У случају одредби о стицању својине окупацијом дивљих животиња он се одлучио за непосредно преузимање римског класичног права.

На то указује најпре чињеница да су параграфи који се односе на ово питање бројнији него у кодификацији која је послужила као модел и да је Хаџић питање стицање својине окупацијом у законском тексту шире, комплексније и детаљније регулисао него у узору. То се свакако не уклапа у стереотипну слику о преписивању, а камоли скраћивању, посебно ако се има у виду укупан број чланова обе кодификације.

Хаџић се послужио техником која је карактеристична за римске правнике. Пре свега, он говори о прибављању ствари, а не о стицању или прибављању својине. Чешће се служи примерима, набрајањима, користи управни уговор, а много ређе норме формулише на апстрактан начин како је то својствено модерним кодификацијама, какав је несумњиво *ABGB*.[28] На тај начин је обавио и врло важну образовну мисију, приближавајући право народу и подижући у то време низак ниво правне културе.

Хаџић је показао да познаје римске правне текстове, да их поштује, па чак и да им се диви. Његов језик је невероватно сличан Гајевом. Уосталом, Хаџић је и сам био одличан познавалац класичних језика,[29] био је и писац. Зато не чуди да је очигледно био импресиониран Гајевим јасним, разумљивим и сликовитим језиком

[28] Аустријски грађански законик је високо оцењен као одлична кодификација која је плод свога времена, ере разума и просветитељства и која изражава идеје и дух природног права. Нарочито је високо оцењена компактност и једноставна структура кодификације, њена интелектуална јасноћа, али и висок степен апстракције која је омогућила овој кодификацији да буде широко примењива и у дугом периоду. У њој није било места за казуистику, а тиме, како додаје Вијакер, ни за топлину која произ лази из блиске везе са свакодневним животом, Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,* Göttingen 1952, 209, такође у енглеском преводу *A History of Private Law in Europe,* (translated by T. Weir), Oxford 2003, 268.

[29] Мираш Кићовић, писац биографије славног законописца, наводи да је Хаџић био ђак Карловачке гимназије и каже: „Латински језик се учио у свим разре дима и то до ситница: у нижим разредима граматика, стилистика и метрика, у петом реторика и ради ње, као посебни предмети, римске старине и историја старога века; у шестом се стечено знање завршавало и заокруживало поетиком и митологијом; поред тога, читани су у другом разреду Корнелије Непот, у трећем Јулије Цезар, Велеј Петеркул и Валерије Максим, у четвртом Салустије, Ливије и Тацит, у петом Цицерон и Транквило, и у шестом Хорацијева *Поетика*", Мираш Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Светић) Књижевна студија,* Нови Сад 1930, 7.

и стилом. Међутим, Хаџић ни у овом случају није некритички преузимао текстове римских класичних правника. Очигледно је да је у одређеним случајевима увидео недостатке ових текстова и потрудио се да их унапреди, што му је пошло за руком.

Dr Milena Polojac

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

SERBIAN CIVIL CODE AND OCCUPATION OF WILD ANIMALS: RECEPTION OF THE ORIGINAL ROMAN LAW

Summary

The Serbian Civil Code (SCC) was enacted in 1844, 33 years after its famous model, the Austrian *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*. SCC is usually considered a summarized version of the *ABGB* and essentially its unsuccessful copy. This consideration seems harsh and oversimplified. The author analyzes the SCC provisions relating to occupation of wild animals, and shows that the drafter of the Serbian codification, Jovan Hadžić, neither translated, nor borrowed the provisions of the *ABGB*. Hadžić was strongly influenced by classical Roman jurists, especially Gaius, and was obviously impressed by their clear, comprehensible language and style. Hadžić's language is extremely similar to that of Gaius (*D.41.1.1–5*). The techniques he used are characteristic of Roman lawyers (giving examples, cases like the one presented in *D.41.1.44*, direct speech, etc.). Drawing upon the ancient Roman law and its casuistry, Hadžić drafted the provisions which were down to earth and close to ordinary people. Thus, he conducted a very important edifying mission for the ordinary readers, who were left with a low level of legal culture after a long period of Ottoman rule.

Key words: *Reception of the Original Roman law. – Occupation. – Wild animals. – Ownership. – Possession.*

УДК 341.231.14:343.122

Горан П. Илић*

ОШТЕЋЕНИ И СТАНДАРДИ ЉУДСКИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У раду су анализирани стразбуршки стандарди о положају оштећеног у кривичном поступку, тачније два основа помоћу којих је оштећени уведен под њихово окриље. Први је право на правично суђење, а други „тврдо језгро" људских права. Аутор анализира и праксу Уставног суда Србије, дајући оцену у којој мери је она на трагу стразбуршких ставова. Аутор сматра да „ула зак" оштећеног на терен правичног суђења умањује делотворност заштите коју чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима пружа лицу против којег је подигнута кривична оптужба. Он истиче да би приликом оцене да ли је оштећеном повређено право на приступ суду, требало водити рачуна о његовој могућности да грађански захтев истакне у парници. Када је, пак, реч о оцени да ли би оштећени могао да се позива на повреду права на суђење у разумном року, ауторов став је да би основни критеријум требало да буде одлучујући значај исхода кривичног поступка за судбину грађанског захтева. Под овим условима би оштећеном могле да буду признате гаранције из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП, и то само у поступку у којем кривичну оптужбу заступа јавни тужилац, али не и у случају када оштећени има својство овлашћеног тужиоца. Према ауторовом мишљењу стразбуршка пракса о положају оштећеног у светлу „тврдог језгра" људских права је исправна.

Кључне речи: *Оштећени. Кривични поступак. Људска права. Право на правично суђење. „Тврдо језгро" људских права. Европски суд за људска права. Уставни суд.*

---

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gilic@ius.bg.ac.rs*, и судија Уставног суда Србије, *goran.ilic@ustavni.sud.rs*. Аутор посебно захваљује госпођи Зорани Јадријевић Младар, саветнику Уставног суда за нормативну контролу и уставне жалбе, на помоћи у прикупљању уставносудске праксе.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Насупрот већини међународних докумената о људским правима који не поседују делотворне механизме за примену,[1] одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[2] (у даљем тексту: ЕКЉП) не само да су непосредно примењиве на националном плану, већ имају предност над одредбама унутрашњег права.[3] Услед тога су на европском плану људска права у потпуности постала област позитивног права,[4] а кључни допринос томе дао је Европски суд за људска права (даље: ЕСЉП). Основна одлика стразбуршке праксе је настојање да се осигура не само заштита, већ и *развој* људских права, што има за последицу да се одредбе о људским правима суштински прилагођавају друштвеним променама.[5] Реч је о телеолошком приступу, утемељеном на идеалу *владавине права* поменутом у Преамбули ЕКЉП, помоћу којег се Конвенција сагледава као „живи инструмент који се има тумачити у светлу околности савременог живота".[6] Приликом тумачења одредаба ЕКЉП Суд настоји да то чини и „у светлу преовлађујућих савремених схватања у демократским државама", што се у доктрини означава као „споразумно" тумачење.[7]

Ако се има у виду различитост упоредних решења у вези с појединим правним институтима, оправдано се може поставити питање да ли одлуке Суда у Стразбуру, упркос настојању да установи одређене стандарде у вези с положајем оштећеног у кривичном поступку, имају домашај искључиво на национална законска решења које су била предмет контроле.[8] При том ваља подсетити

1 Вид. Миодраг А. Јовановић, Ивана Крстић, „Људска права у XXI веку: између кризе и новог почетка", *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 6.

2 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (*Eu ropean Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) је уведена у наш правни поредак Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима, уз неколике касније измене и допуне, *Службени лист СЦГ Међународни уговори* 9/03, 5/05 и 7/05 исправка и *Службени гласник РС Међународни уговори,* 12/10.

3 Драгољуб Поповић, *Европско право људских права*, Едиција Међународни прописи и европско право, Службени гласник, Београд 2012, 44.

4 Frédéric Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, coll. „Que sais je?", Paris 1997[4], 3, 7.

5 *Ibid.*, 29.

6 Као последица тога је у стразбуршкој пракси развијена теорија о „нужним елементима својственим једном праву". Вид. Louis Favoreu (*et al.*), *Droit des liberté fondamentales*, Dalloz, Paris 2009[5], 424, 425.

7 *Ibid.*, 425, 426.

8 Stefan Trechsel (*With the assistance of* Sarah J. Summers), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005, 41.

да оштећеном могу бити призната одређена јемства у кривичном поступку по два основа.[9] Први се везује за стандарде правичног суђења, што се објашњава чињеницом да је повреда или угрожавање личног или имовинског права оштећеног последица напада на општи друштвени интерес до којег је дошло извршењем кривичног дела.[10] Други основ појаве оштећеног на стразбуршкој „позорници људских права" последица је концепта европског јавног поретка, који обухвата „тврдо језгро" људских права.[11]

2. ОШТЕЋЕНИ И ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Одредба чл. 6 ЕКЉП се описује као језгровито отелотворење онога што представља правично спровођење правде и, као таква, чини темељни елеменат појма владавине права.[12] На основу тога се и оштећеном у кривичном поступку могу под одређеним условима признати јемства која обухвата стандард правичног суђења, а садржана су у ст. 1 овог члана. Реч је о праву сваког да, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (чл. 6, ст. 1 ЕКЉП).[13] С обзиром на то да наведена одредба представља *sedes materiae* како за парнични, тако и за кривични поступак, потребно је одредити јасне критеријуме под којима се оштећени може позивати на гаранције права на правично суђење. Основно је да захтев оштећеног има грађански карактер.

С тим проблемом се шездесетих година прошлог века сусрела Европска комисија за људска права (даље: ЕКом.ЉП) у предме-

9 О томе вид. Горан П. Илић, „О положају оштећеног у кривичном поступку", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 149 151.

10 Marie Laure Lanthiez, „La clarification des fondements européens des droits des victimes", *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit", Presses Universitaires de France, Paris 2008, 25, 26.

11 Сагласно чл. 15 ст. 2 ЕКЉП, реч је о: праву на живот (чл. 2 ЕКЉП), забрани мучења (чл. 3 ЕКЉП), забрани ропства и принудног рада (чл. 4 ЕКЉП), кажњавању само на основу закона (чл. 7 ЕКЉП) и праву да се не буде двапут суђен или кажњен у истој ствари (чл. 4 Протокола 7).

12 Clare Ovey, Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006^4, 158.

13 Треба запазити да, за разлику од српског превода чл. 6, ст. 1 ЕКЉП који говори о расправи *пред* независним и непристрасним судом, образованим на основу закона, у оригиналном тексту наведене одредбе је реч о расправљању *од стране* независног и непристрасног суда, образованог на основу закона (*by an independent and impartial tribunal established by law*; *par un tribunal indépendat et impartial, établi par la loi*).

ту *Isop против Аустрије*.[14] Том приликом је заузет став да право на добар углед и право да се од суда захтева да утврди да је тај углед повређен представљају грађанска права у смислу чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. На трагу ове, као и каснијих одлука Комисије, Суд је изградио став да грађански карактер неког права подразумева да се „оспорава" „право" за које се може тврдити, барем на одбрањив начин, да је признато у домаћем правном поретку. Неопходно је да оспоравање буде стварно и озбиљно и да се односи било на постојање самог права, било на његов обим или начине вршења. Најзад, исход поступка мора бити непосредно одлучујући за такво право.[15]

Важење стандарда правичног суђења у односу на оштећеног комликује чињеница да се његово појављивање у кривичном поступку заснива на повреди права произашлој из учињеног кривичног дела. Услед тога је понекад веома тешко повући јасну границу између грађанског и кривичног аспекта његове процесне улоге. То посебно долази до изражаја у случајевима када се оштећени појављује у кривичном поступку као супсидијарни или приватни тужилац. Због тога је примена чл. 6, ст. 1 ЕКЉП на оштећеног у кривичног поступку бременита ризиком од прекорачења, па чак и нестанка линије разграничења између одштете, кажњавања и освете.[16]

Стога ће најпре бити размотрени случајеви у којима се оштећени појављује у кривичном поступку без „тужилачке одоре", дакле, искључиво с правом да поднесе имовинскоправни затев, а затим ће бити анализиран његов наступ у улози приватног или супсидијарног тужиоца.

2.1. Оштећени у поступку који се води по захтеву јавног тужиоца

Један од првих предмета у којима је ЕСЉП расправљао о праву оштећеног у светлу чл. 6, ст. 1 ЕКЉП био је *Moreira de Azevedo против Португала*.[17] У овом случају се оштећени у својству помоћника (*assistente*) придружио јавном тужиоцу у кривичном прогону, а до одређеног процесног тренутка није поднео имовинскоправни захтев (већ је затражио да се о томе касније одлучи у парници). За разли-

[14] ЕКом.ЉП, *Isop против Аустрије*, Application No. 608/60, Yearbook 5, 109 и даље.

[15] ЕСЉП, *Acquaviva против Француске*, 21. новембар 1995, § 46. О томе вид. Serge Guinchard (*et al.*), *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris 2007⁴, 130 138.

[16] С тим у вези, питање је да ли оштећени који није изричито поставио имо винскоправни захтев, већ се придружио кривичном гоњењу које врши јавни тужи лац, не настоји на тај начин да се освети окривљеном за учињено кривично дело? M. L. Lanthiez, 150, 151. Вид. осврт на ово питање у завршном излагању.

[17] ЕСЉП, *Moreira de Azevedo против Португала*, 23. октобар 1990, § 46, 66, 67.

ку од Европске комисије за људска права, која је сматрала да исход поступка није био од одлучујућег значаја за остварење грађанских права оштећеног,[18] Суд је заузео другачији став. Чињенице конкретног случаја указивале су на постојање спора који се односио на утврђивање одређеног права, па је исход поступка био одлучујући. Придруживши се кривичном прогону оштећени је испољио интерес не само за осуду оптуженог, већ и за новчану накнаду претрпљене штете. У том смислу је дошло до прекорачења разумног рока и повреде чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.

Значај предмета *Tomasi против Француске*[19] произилази из специфичности француског права које обавезује оштећеног који је поднео грађанску тужбу, да сачека исход кривичног поступка како би накнаду штете остварио у парници (другим речима, право на накнаду штете је непосредно повезано са исходом кривичног поступка).[20] Предуго трајање кривичног поступка за које су одговорни правосудни органи и обустава због недостатка доказа, ускратили су оштећеном било какав изглед на успех у парници, па је дошло до повреде чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.[21]

За разлику од случаја *Tomasi*, у којем се на основу околности наведених у грађанској тужби могло претпоставити да постоји одређена штета и да је у непосредној вези са извршеним делом,[22] у предмету *Acquaviva против Француске* Суд је у основи прихватио став Комисије да, иако у тужби није захтевана накнада штете, *она је по својој природи грађанског карактера*.[23] Другим речима, опредељивањем за поступак у којем би била утврђена кривица, што је предуслов за подношење захтева за нанаду штете, оштећени није

---

18 Такав закључак је изведен из одредбе португалског закона која је обавези вала суд да у случају осуде *ex offo* досуди накнаду штете. Вид. ЕКом.ЉП, *Manuel Moreira de Azevedo против Португала*, 10. јул 1989, § 95 97.

19 Европска комисија за људска права је у овом предмету утврдила повреду чл. 3, чл. 5 ст. 3 и чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. При томе је довођење оштећеног у везу са чл. 6, ст. 1 ЕКЉП аргументовано ставом да је, подношењем тужбе са установљењем грађанске странке, оштећени изразио очекивање да добије накнаду штете коју је претрпео услед извршеног кривичног дела. ЕКом.ЉП, *Félix Tomasi против Францу ске*, 11. децембар 1990, § 129.

20 У питању су следећа начела: кривични поступак задржава парницу („*le pénal tient le civil en l'état*") и пресуђена кривична ствар има ауторитет у парници („*l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel*

21 При том је грађански захтев оштећеног био утемељен на повреди права из чл. 3 ЕКЉП (реч је, дакле, о „тврдом језгру" људских права). ЕСЉП, *Tomasi против Француске*, 27. август 1992, § 121, 125.

22 *Ibid.*, § 121.

23 ЕКом.ЉП, *Ange François, Anne Marie и Marie Noëlle Acquaviva против Француске*, 4. јул 1994, § 88.

изгубио могућност да пред судом захтева накаду штете, па се одредба чл. 6, ст. 1 ЕКЉП могла применити.[24]

Након предмета *Tomasi* и *Acquaviva* у којима је могућност примене чл. 6, ст. 1 ЕКЉП тумачена *in favorem* оштећеног, уследила је одлука *Hamer против Француске*.[25] Суд је утврдио да подноситељка грађанске тужбе не само да ни у једној фази кривичног поступка није захтевала накнаду штете, нити је исказала такву намеру, већ није одустала ни од поравнања које је окривљени закључио с њеном породицом. Због тога исход кривичног поступка није био од одлучујућег значаја за остваривање права на накнаду штете, услед чега се гаранције из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП не могу применити.[26]

Ова одлука је у делу доктрине протумачена као напуштање дотадашње праксе, а такав закључак је заснивай и на околности да су приликом њеног доношења тројица судија издвојили мишљење. С правом је, међутим, примећено да је Суд на тај начин покушао да направи отклон од схватања по којем је за примену чл. 6 ЕКЉП довољно да одређено лице има својство странке (*en qualité de partie*) у судском поступку,[27] независно од појмова грађанска права и обавезе и кривична оптужба.[28] У том смислу је ЕСЉП у предметима *Aït Mouhoub против Француске*[29] и *Maini против Француске*[30] изложио критеријуме за примену чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Неопходно је да оштећени захтева накнаду штете чија висина не мора нужно да буде наведена, а да при том исход кривичног поступка има одлучујући значај за изгледе оштећеног да добије накнаду штете.

---

24 ЕСЉП, *Acquaviva против Француске*, 21. новембар 1995, § 47.

25 ЕСЉП, *Hamer против Француске*, 7. август 1996, § 75, 78, 79.

26 За разлику од Суда, Европска комисија за људска права је сматрала да није од значаја то што оштећена није одредила висину претрпљене штете, нити се изри чито позвала на право на накнаду штете. Она је подношењем грађанске тужбе пока зала интерес не само за осуду окривљеног, већ и за накнаду претрпљене штете, па је исход кривичног поступка био одлучујући за остварење њеног грађанског захтева. У складу са тим је утврђена повреда чл. 6, ст. 1 ЕКЉП због неразумне дужине трајања кривичног поступка. ЕКом.ЉП, *Birgit Hamer против Француске*, 21. фебруар 1995, § 85 87, 108.

27 У француском праву појам странке има шири домашај од оног који му се придаје код нас, а у конкретном случају обухвата и грађанску странку.

28 S. Guinchard (*et al.*), 150. Појмови „грађанска права и обавезе" и „кривична оптужба" представљају аутономне концепте европског права људских права. Реч је о терминима које Суд примењује, а који постоје у националним правним системима држава уговорница Конвенције, а којима је дато посебно значење у пракси Суда. Вид. Драгољуб Поповић, „Аутономни концепти европског права људских права", *Анали Правног факултета у Београду* 4/2009, 123.

29 ЕСЉП, *Aït Mouhoub против Француске*, 28. октобар 1998, § 44 46.

30 ЕСЉП, *Maini против Француске*, 26. октобар 1999, § 28 31.

У стразбуршкој пракси су ипак остале одређене недоумице у вези с могућношћу оштећеног да ужива јемства садржана у чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Због тога је ЕСЉП, у оквиру Великог већа, донео одлуку у предмету *Perez против Француске*,[31] с намером да оконча постојећу несигурност. Нови приступ се огледао у томе што за Суд није било никакве сумње да тужба с установљењем грађанске странке у француском праву представља грађанску тужбу усмерену на накнаду штете причињене кривичним делом. Она не губи такав карактер ни услед тога што оштећени није у одређеном тренутку поставио захтев за накнаду штете, с обзиром да то може учинити до мериторног окончања поступка. Штавише, чак и када се у одређеном кривичном поступку одлучује само о основаности кривичне оптужбе, за примену чл. 6, ст. 1 ЕКЉП на оштећеног је од одлучујућег значаја да ли је грађанска компонента тесно повезана са кривичним поступком.[32]

Овакав приступ је наговештавао заокрет у судској пракси, односно закључак да оштећени сâмим учешћем у кривичном поступку ужива заштиту чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Међутим, Суд је на одређени начин ограничио могућност оштећеног да се позива на примену права на правично суђење, подсетивши да Конвенција не гарантује ни „приватну освету", ни *actio popularis*. Због тога је неопходно да оштећени захтева бар симболичну накнаду штете или заштиту грађанског права (на пример, „доброг угледа"). Поврх свега, одрицање од права на накнаду штете мора бити утврђено на несумњив начин.[33]

Пошто је у већини наведених одлука положај оштећеног у светлу чл. 6, ст. 1 ЕКЉП посматран кроз призму права на суђење у разумном року, треба уочити да се стандард разумног трајања поступка може сагледати узимањем у обзир не само дужине кривичног, већ и трајања парничног поступка. То је учињено у предмету *Torri против Италије*,[34] јер је италијанско право предвиђало да се у једној врсти поступка утврђује постојање сâмог права на накнаду штете, а у другој се одлучује о њеном износу.[35] И поједине фазе поступка могу имати значај за оцењивање стандарда разумног трајања кри-

[31] ЕСЉП, *Perez против Француске*, 12. фебруар 2004, § 56, 62, 63, 67, 70.

[32] Реч је о формулацији коју је Суд користио у више својих одлука (ЕСЉП, *Torri против Италије*, 1. јул 1997, § 21; *Calvelli и Ciglio против Италије*, 17. јануар 2002, § 62), а за коју поједини аутори тврде да је нејасна. S. Trechsel, 40.

[33] У предмету *Garimpo* је то утврђено на основу чињенице да је оштећени у току трајања кривичног поступка поднео тужбу за накнаду штете парничном суду. Услед тога је његова представка у вези са повредом права из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП од бачена (ЕСЉП, *Garimpo против Португала*, 10. јун 2004).

[34] ЕСЉП, *Torri против Италије*, 1. јул 1997, § 19, 21, 28, 29.

[35] Управо на тој условљености парнице претходним окончањем кривичног постпупка утемељен је закључак о тесној вези грађанске компоненте са кривичном ствари.

вичног поступка. У скорашњем предмету *Ристић против Србије*[36] утврђено је да дужина жалбеног поступка није у складу са захтевом разумног рока, што је довело до повреде права оштећеног из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. *Као dies a quo* узима се дан када је оштећени поднео имовинскоправни захтев, што се не мора поклапати са тренутком отпочињања кривичног поступка.[37]

У стразбуршкој пракси се и право на приступ суду, као саставни елеменат чл. 6, ст. 1 ЕКЉП, под одређеним условима признаје оштећеном у кривичном поступку. Овакве одлуке су знатно ређе у односу на оне у којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року. Основни разлог је начелни став Суда да се веома дуги периоди непоступања у судском поступку не могу подвести под немогућност приступа суду. Реч је, као што је истакнуто у предмету *Matos e Silva Lda и остали против Португала*,[38] о проблемима с током (поступка), а не с приступом (суду). Критеријум разграничења између ова два права није сасвим јасан, јер се и код утврђивања повреде права на приступ суду полази од дужине трајња кривичног поступка. О сложености односа ових права говори и то што је у обе одлуке о којима ће бити речи, постојање права на приступ суду утврђено већином гласова.

У предмету *Anagnostopoulos против Грчке*[39] повреда права на приступ суду образложена је ставом да је оштећени имао легитимна очекивања да суд одлучи о захтеву за накнаду штете, али је због кашњења правосудних органа наступила застарелост кривичног гоњења. За доношење таквог закључка, истакнуто је у одлуци *Atanasova против Бугарске*,[40] важно је размотрити да ли оштећени има на располагању друга правна средства и у којој мери су она приступачна и делотворна за остварење његовог захтева. У случају када у одређеном правном систему постоји могућност да оштећени оствари свој грађански захтев у кривичном поступку, држава је обавезна да се стара да он ужива основне гаранције из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. При том није од значаја што оштећени може у парници да остварује свој захтев, јер би то подразумевало ново прикупљање доказа, а утврђивање одговорности учиниоца би услед протека времена било изузетно отежано. Уз то је у предмету *Atanasova* Суд утврдио

[36] ЕСЉП, *Ристић против Србије*, 18. новембар 2011, § 53.

[37] ЕСЉП, *Boris Stojanovski против бивше југословенске Републике Македоније*, 6. мај 2010, § 40.

[38] ЕСЉП, *Matos e Silva Lda и остали против Португала*, 16. септембар 1996, § 64. Од новијих одлука вид. ЕСЉП, *Buonfardieci против Италије*, 18. децембар 2007, § 20.

[39] ЕСЉП, *Anagnostopoulos против Грчке*, 3. април 2003, § 32, 34.

[40] ЕСЉП, *Atanasova против Бугарске*, 2. октобар 2008, § 42, 46, 47, 57.

да је, поред права на приступ суду, повређено и право на суђење у разумном року.

2.2. Оштећени као тужилац у кривичном поступку

Сложеност положаја оштећеног у кривичном поступку произилази из чињенице да је његово грађанско право повређено или угрожено учињеним кривичним делом. Ово грађанско-кривично двојство утиче и на процесни положај оштећеног који, у случају када се кривични поступак води по оптужби јавног тужиоца, може поднети имовинскоправни захтев. О условима под којима се оштећеном у тој случају признају јемства из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП, као и недоумицама које у вези са тим искрсавају, већ је било речи. Ова проблематика се додатно компликује у ситуацији када се оштећени у кривичном поступку појављује истовремено као заступник кривичне оптужбе и као носилац грађанског захтева. С обзиром на то да кривична оптужба представља основни предмет о којем расправља кривични суд, док се грађански захтев појављује као споредни предмет одлучивања, питање је може ли се и с којим аргументима оправдати став да се оштећеном као тужиоцу признају стандарди права на правично суђење из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП?

Истина је да наведена одредба Конвенције говори о праву сваког да, током одлучивања о његовим *грађанским правима и обавезама* или о кривичној оптужби против њега, има правичан поступак, што је био основ на којем је изграђена стразбуршка пракса о условима под којима се оштећеном с грађанским захтевом признају јемства правичног суђења. Проблем с оштећеним као тужиоцем у кривичном поступку је у томе што се његова примарна улога састоји у заступању кривичне оптужбе, а тек секундарно у истицању грађанског захтева. У примарној равни расправљања се, насупрот оштећеном као тужиоцу, налази оптужени који ужива како опште гаранције права на правично суђење садржане у чл. 6, ст. 1 ЕКЉП, тако и посебне, резервисане само за њега, предвиђене у ст. 2 и 3 члана 6 ЕКЉП. Слично као и када се у кривичном поступку појављује само с имовинскоправним захтевом, оштећени у улози овлашћеног тужиоца изводи своје право на правично суђење из секундарног предмета одлучивања у кривичном поступку, тј. на основу постављеног грађанског захтева.

У случају када оштећени као тужилац добија, на основу грађанског захтева, јемства из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП која нужно користи и за остварење своје страначке функције (дакле, за заступање кривичне оптужбе), може се поставити питање у којој мери се то одражава на положај окривљеног у кривичном поступку? Како, рецимо, оцењивати стандард суђења у разумном року када право на њега полажу истовремено оштећени као тужилац, али на основу

споредног предмета о којем се расправља у кривичном поступку, и окривљени против којег је усмерена кривична оптужба, што јесте главни предмет о којем одлучује кривични суд? На који начин се то одражава на право оптуженог да има довољно времена и могућности за припремање одбране у складу са чл. 6 ст. 3 тач. б) ЕКЉП? Да ли је у тој ситуацији једнакост оружја у довољној мери очувана тиме што је терет доказивања кривичне оптужбе на тужиоцу, а свака сумња иде у прилог оптуженог (што уводи у причу и ст. 2, чл. 6 ЕКЉП)? Ово су само нека од питања која намеће увођење оштећеног као тужиоца под окриље стандарда правичног суђења. У завршном осврту ће бити још речи о томе, а сада би требало анализирати услове под којима се право из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП може признати оштећеном као тужиоцу. Најпре ће бити размотрен положај приватног тужиоца.

Овим питањем се бавила Европска комисија за људска права у поменутом случају *Isop против Аустрије*, када је закључила да се чл. 6, ст. 1 ЕКЉП може применити ако оштећени поднесе суду грађанску тужбу ради заштите свог доброг угледа.[41] Међутим, уколико би оштећени уместо грађанске тужбе поднео приватну тужбу кривичном суду у циљу осуде оптуженог за учињено кривично дело клевете, њему се не би могло признати право на приступ суду које садржи чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.[42] Када је реч о односу приватне кривичне тужбе и грађанске тужбе, Комисија је заузела становиште да приватна тужба која је спојена са захтевом за накнаду штете због повреде угледа, представља основ за примену стандарда права на правично суђење на оштећеног у својству приватног тужиоца.[43]

Једно од питања које је у предмету *Helmers против Шведске* искрсло у вези с применом чл. 6, ст. 1 ЕКЉП на приватног тужиоца, односило се на могућност да његовом захтеву за симболичну накнаду штете буде признат грађански карактер?[44] Према схватању Суда оспоравање једног „права грађанског каратера" може постојати без захтева за новчану накнаду, већ је довољно да исход поступка буде одлучујући за то право. То је управо случај када исход кривичног поступка, као и тужба за накнаду штете, зависе од оцене основаности навода приватног тужиоца да су му оптужени повредили углед. Услед тога између кривичног поступка и поступка за накнаду штете постоји тесна веза, па нема разлога да се између њих прави разлика приликом испитивања основаности навода приватног тужиоца. У овом предмету је утврђено да је приватном тужиоцу повређено право на расправност пред жалбеним судом.

41 Грађански карактер права да се ужива добар углед ЕСЉП је потврдио у познатој одлуци *Golder против Уједињеног Краљевства*, 21. фебруар 1975, § 27.

42 ЕКом.ЉП, *X. против Савезне Републике Немачке*, 4. октобар 1976.

43 ЕКом.ЉП, *X. против Луксембурга*, 8. март 1979.

44 ЕСЉП, *Helmers против Шведске*, 29. октобар 1991, § 28 30, 39.

Ретки су случајеви у којима је Суд у Стразбуру био у прилици да се одреди да ли оштећеном као супсидијарном тужиоцу може бити признато право из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Један од таквих је предмет *Boris Stojanovski против БЈРМ*,[45] у којем је оштећени у периоду од две године имао својство супсидијарног тужиоца, да би потом јавни тужилац преузео кривично гоњење. Околност да је оштећени поднео имовинскоправни захтев у кривичном поступку је идентична случају у којем би путем грађанске тужбе захтевао накнаду штете у парници, тако да су испуњени услови за примену чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Пошто је оштећени истакао повреду права на суђење у разумном року и права на приступ суду, значајно је указати на две ствари.

Приликом оцене да ли је поступак неразумно дуго трајао, Суд је узео у обзир и понашање оштећеног. Нако што је утврдио да до повреде наведеног права није дошло, ЕСЉП је размотрио постојање повреде права на приступ суду. Објашњење за то је нађено у чињеници да се кривични догађај одиграо шест година пре него што је оштећени истакао имовинскоправни захтев. Због тога је повреда права на суђење у разумном року оцењивана од тренутка подношења захтева за накнаду штете, док је за повреду права на приступ суду је био одлучујући тренутак када се спорни догађај збио. Иако оштећени није поступио у складу са поуком кривичног суда да у парници остварује имовинскоправни захтев, његов пропуст му не може штетити, јер парнични судови, према ставу македонске судске праксе, прекидају поступак до окончања кривичног поступка који се води против оптуженог. Поврх свега, од оштећеног се не може тражити да након истицања имовинскоправног захтева у кривичном поступку и више од десет година од спорног догађаја, пред парничним судом захтева накнаду штете. На основу тога је Суд утврдио да је повређено право на приступ суду у смислу чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.

3. ПОЛОЖАЈ ОШТЕЋЕНОГ У СВЕТЛУ ЕВРОПСКОГ ЈАВНОГ ПОРЕТКА

Поменуто је да се положај оштећеног у кривичном поступку може посматрати и кроз призму европског јавног поретка. Реч је о концепту који садржински обухвата одредбе које имају темељни значај у европском демократском друштву, па су обавезујуће како за државе, тако и за њихове грађане. Њихов домашај је у односу на оштећеног ограниченог карактера, јер се односе само на лица чији је физички или психички интегритет повређен или угрожен одређеним кривичним делима. Реч је о делима којима се повређује право на жи-

45 ЕСЉП, *Boris Stojanovski против Бивше југословенске Републике Македоније*, 6. мај 2010, § 31, 39, 40, 51, 53, 56, 57.

вот (чл. 2 ЕКЉП), забрана мучења (чл. 3 ЕСЉП) и забрана ропства и принудног рада (чл. 4 ЕКЉП). Издвајањем ове категорије кривичних дела створен је европски темељ права која се изворно везују за жртве наведених дела, на основу чега се у теорији говори о јавном поретку у европском кривичном праву (*l'ordre public en droit pénal européen*).[46]

Кључну улогу у обликовању овог концепта има ЕСЉП који, динамичким тумачењем Конвенције, намеће одговарајуће обавезе државама чланицама Савета Европе. Реч је пре свега о обавези државе да доношењем одговарајућих прописа створи услове за несметано вршење права гарантованих Конвенцијом.[47] Уживање основних слобода и људских права подразумева уједно негативну обавезу државе да се судржи од задирања у људска права, а нарочито у она која су обухваћена појмом „тврдог језгра". Међутим, за делотворно остварење људских права је неопходно да држава предузме и позитивне мере у том правцу, што се, након одлуке у предмету *Airey против Ирске*,[48] означава као концепт њене позитивне обавезе. Овај приступ се нарочито користи у односу на права која су обухваћена појмом јавног поретка у европском кривичном праву. Реч је, дакле, о правима која у први план стављају оштећеног, тако да се у стразбуршкој пракси увећава број материјалних и процесних обавеза у његову корист, при чему их Суд тумачи као имплицитне гаранције садржане у одредбама Конвенције.[49]

Тако је у предмету *Osman против Уједињеног Краљевства*[50] истакнуто да прва реченица чл. 2, ст. 1 ЕКЉП обавезује државу не само да се уздржи од намерног проузроковања смрти, већ јој налаже да предузме неопходне мере у циљу заштите живота лица под њеном надлежношћу. Обавеза државе у том погледу превазилази основну дужност осигурања права на живот успостављањем кривичног законодавства. Одредба чл. 2 ЕКЉП ствара за надлежне органе, под тачно одређеним околностима, позитивну обавезу превентивног предузимања прикладних мера за заштиту појединца чији живот је угрожен криминалним понашањем другог.

Позитивна обавеза државе у вези са чл. 2 ЕКЉП подразумева успостављање ефикасног и независног судског система који ће утврдити и узрок смрти неког лица које је било под одговорношћу

[46] M. L. Lanthiez, 154.

[47] У стразбуршкој пракси (ЕСЉП, *Šilih против Словеније*, 9. април 2009, § 193) и европској доктрини (S. Guinchard (*et al.*), 209) истиче се да је реч о обавези резултата (*l'obligation de résultat*), а не о обавези средстава (*l'obligation de moyens*).

[48] ЕСЉП, *Airey против Ирске*, 9. октобар 1979, § 25.

[49] M. L. Lanthiez, 155.

[50] ЕСЉП, *Osman против Уједињеног Краљевства,* 28. октобар 1998, § 115.

лекара, без обзира на то да ли је реч о јавном или приватном сектору. Није неопходно да се одговорност утврђује у кривичном поступку, већ се, нарочито ако је повреда права била нехатна, о томе може расправљати у парници (било самостално, било истовремено са кривичним поступком), што може довести до накнаде штете и јавног објављивања пресуде. У складу с тим је у предмету Calvelli и Ciglio против Италије[51] истакнуто да су оштећени, закључењем вансудског поравнања с туженим, затворили себи пут пред парничним судом, јер се, сагласно стразбуршкој пракси, у начелу више не могу сматрати жртвом. Није било зато ни основа за разматрање питања застарелости кривичне оптужбе[52] у светлу чл. 2 ЕКЉП, јер ово право није повређено, уосталом као ни право на суђење у разумном року.[53]

Посебан значај за проблематику положаја оштећеног у кривичном поступку има предмет *Asenov и остали против Бугарске*[54] у којем је испитивано постојање повреде чл. 3 и чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Када је реч о повреди чл. 3 ЕКЉП, размотрен је како њен материјални, тако и процесни аспект. Иако се тежина повреда које су нанете оштећеном могла подвести под чл. 3 ЕКЉП, Суд није са сигурношћу могао да утврди да ли је за то одговорна полиција. Међутим, држава је, у светлу обавезе да сваком лицу које потпада под њену надлежност призна права и слободе предвиђене Конвенцијом (чл. 1 ЕКЉП), била дужна да *ex offo* спроведе делотворну истрагу која би, као и у случају повреде чл. 2 ЕКЉП, морала да доведе до идентификације и кажњавања одговорних лица. Имајући у виду да је у конкретном случају изостала детаљна и делотворна истрага, утврђена је повреда *процесног аспекта* чл. 3 ЕКЉП. У погледу испуњености услова за примену права из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП оцењено је да су они неспорни, јер тужба за накнаду штете због злостављања од стране полиције представља обавезу грађанског карактера. Тврдња да би парнични поступак морао да буде прекинут док се не реши питање постојања кривичног дела је размотрена у светлу праксе бугарских судова и закључено је да парнични суд није везан одлуком о одбацивању кривичне пријаве. Позивање оштећеног да се то правило не може применити у његовом случају оцењено је као произвољно, јер није ни

---

51 ЕСЉП, *Calvelli и Ciglio против Италије*, 17. јануар 2002, § 49, 53, 55 57, 62, 67.

52 Оштећени су у кривичном поступку истакли захтев за накнаду штете, а након доношење првостепене осуђујуће пресуде су покренули парницу за накнаду штете.

53 При том је тесна повезаност грађанског питања са током кривичног по ступка утемељена на околности да је одлука о основаности кривичне оптужбе *могла* да има последице по грађански захтев оштећених.

54 ЕСЉП, *Asenov и остали против Бугарске*, 28. октобар 1998, § 95, 100, 102, 106, 108, 110 113.

покушао да покрене парнични поступак, па није било места тврдњи да му је ускраћен приступ суду. На основу тога, утврђено је да није било повреде чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.

И у предмету *Šilih против Словеније*[55] направљена је јасна разлика између обавеза процесног карактера које произилазе из чл. 2 ЕКЉП, и материјалних обавеза које се везују за овај члан.[56] Значај овог предмета је у томе што је оцена о поштовању процедуралних гаранција из чл. 2 ЕКЉП била од утицаја и на питање повреде права на правично суђење, при чему су сагледани како кривични, тако и парнични поступак. Наиме, оштећени је у кривичном постуку имао својство супсидијарног тужиоца, а након неуспеха у кривичном прогону је покушао без успеха да свој грађански захтев оствари у парници (у представци је истакао повреду чл. 2, 3, 6, 13 и 14 ЕКЉП). Узимањем у обзир процедуралних обавеза које проистичу из чл. 2 ЕКЉП, трајање кривичног поступка (а нарочито истраге) и поступка пред парничним судом се није могло оценити као разумно, па је утврђено да је повређен *процесни аспект* чл. 2 ЕКЉП. Услед тога *није било места испитивању* да ли су постојале повреде чл. 6, ст. 1 и чл. 13 ЕКЉП.

4. ОСВРТ НА ПРАКСУ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О ПОЛОЖАЈУ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Уставни суд Србије се у својој досадашњој пракси бавио питањем положаја оштећеног у кривичном поступку у светлу стандарда људских права зајемчених Уставом Републике Србије[57] и Европском конвенцијом о људским правима. Приликом анализе ставова које је у вези са тим изградио, размотриће се најпре случајеви у којима се поставило питање повреде права на правично суђење, а потом и проблематика „тврдог језгра" људских права.

4.1. Оштећени и право на правично суђење

Наш највиши правни акт предвиђа да свако има право да независан, непристрасан и законом установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега (чл. 32 ст. 1 Устава). Иако је редакција устав-

[55] ЕСЉП, *Šilih против Словеније*, 9. април 2009, § 158, 202, 206, 211, 216.

[56] Суд је истакао да је овакав приступ утемељен на пракси Комитета за људска права Уједињених нација и Међуамеричког суда за људска права, *ibid.*, § 160.

[57] Устав Републике Србије Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

не одредбе унеколико другачија од формулације права на правично суђење у чл. 6, ст. 1 ЕКЉП (у којој су грађанска права и обавезе, употребом везника *или*, алтернативно постављена са кривичном оптужбом, при чему се у уставној норми говори и о основаности сумње за покретање поступка), питања која се постављају пред Уставни суд су идентична оним о којима је било речу у излагању о стразбуршким стандардима положаја оштећеног у кривичном поступку.

4.1.1. Оштећени у поступку који се води по захтеву јавног тужиоца

Уставни суд је у предмету *Венцл*[58] истакао да се одредба чл. 32 ст. 1 Устава првенствено односи на странке у парничном поступку и на окривљеног у кривичном поступку, али се у одређеним случајевима мора гарантовати и оштећеном у кривичном поступку. За разлику од стазбуршке праксе у којој грађански карактер захтева оштећеног у кривичном поступку представља основ за признавање права на правично суђење, у предмету *Венцл* је у први план истакнута могућност да у току кривичног поступка посредно буде повређено неко од права оштећеног прописаних Закоником о кривичном поступку. Истина, приликом оцене да ли је до повреде овог права дошло, Уставни суд је водио рачуна о околностима конкретног кривичног поступка, о бићу кривичног дела, као и о чињеници да ли је оштећени у том поступку истакао имовинскоправни захтев. Како је у кривичном поступку одлучивано о оптужби за кривично дело недавање издржавања, а оштећени је у том поступку истакао имовинскоправни захтев, остварен је услов да му се обезбеди поштовање права на правично суђење. Како је наступила застарелост кривичног гоњења, испитано је и да ли је оштећени својим понашањем допринео одуговлачењу кривичног поступка. На основу свега, Уставни суд је утврдио повреду права оштећеног на суђење у разумном року из члана 32 став 1 Устава.

Предмет *Вукићевић*[59] је карактеристичан по томе што је у првостепеном кривичном поступку оптужени оглашен кривим, а оштећени упућен да у парници оствари имовинскоправни захтев. Након тога је другостепени суд одбио оптужбу услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Активна легитимација за истицање повреде права на суђење у разумном року изведена је из чињенице да је оштећени истакао имовинскоправни захтев, чиме је несумњиво изразио намеру да тражи накнаду штете проузроковану причињеном телесном повредом. Приликом оцене разумности дужине трајања

[58] Уставни суд, Уж 261/2007 од 25. децембра 2008, § 6. Ова, као и остале од луке Уставног суда Србије које су анализиране у раду, преузете су из архиве Устав ног суда. Иначе, одлуке Уставног суда су доступне на *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/.*

[59] Уставни суд, Уж 3504/2011 од 22. децембра 2011, § 3, 5, 6.

кривичног поступка као *dies a quo* је узет дан подношења оптужног предлога,[60] а размотрен је и допринос оштећеног трајању поступка. До повреде чл. 32 ст. 1 Устава је дошло услед шестогодишњег трајања поступка у коме је првостепена пресуда донета тек месец дана пре наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, што је, према схватању Уставног суда, последица искључиво неефикасног и неделотворног поступања првостепеног суда.

С тим у вези може се поставити питање да ли би постојала повреда права на трајање поступка у разумном року да је оштећени након доношења првостепене пресуде поднео парничном суду тужбу за накнаду штете? Будући да је кривични поступак пред првостепеним судом покренут 7. јуна 2005. године, а првостепена пресуда донета 4. фебруара 2011. године, неспорно је да ни овај период не би задовољио стандарде разумног трајања поступка.

Могућност подношења тужбе за накнаду штете парничном суду отвара још неколико начелних питања. Једно од њих се односи на постојање кривичног дела.

Иако би парнични суд могао да сачека правноснажно изјашњење кривичног суда, нема законских сметњи ни да се упусти у расправљање основаности тужбеног захтева оштећеног, с тим да би о постојању кривичног дела одлучио као о претходном питању. Наиме, ако одлука зависи од претходног решења питања да ли постоји право или правни однос, а о том питању још није донео одлуку суд, парнични суд може сâм да реши то питање ако посебним прописима није другачије предвиђено (чл. 12 ст. 1 Закона о парничном поступку).[61] *Ratio legis* овлашћења парничног суда да одлучи о постојању кривичног дела је у разлозима економичности, како би се избегло дуго чекање на правноснажну одлуку кривичног суда о основаности оптужбе.[62] И у предмету *Вукићевић* би се у прилог одлучивања парничног суда могла навести економичност поступања, али не ради избегавања предугог чекања да кривична пресуда постане *res iudicata*, већ због изгледног наступања застарелости кривичног гоњења. Покретање парничног поступка у тренутку када постоји првостепена кривична пресуда, а поред ње и извештај лекара специјалисте о повредама

[60] Сагласно тада важећој законској регулативи оштећени је предлог за остваривање имовинскоправног захтева у кривичном поступку могао да поднесе органу коме се подноси кривична пријава или суду пред којим се води кривични по ступак (чл. 203 ст. 1 Законика о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС,* бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 др. закон, 49/07, 20/09 др. закон, 72/09 и 76/10).

[61] Закон о парничном поступку ЗПП, *Службени гласник РС,* бр. 72/11.

[62] Марија Караникић Мирић, „Застарелост потраживања накнаде штете про узроковане кривичним делом", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 199, 200.

оштећеног, заједно са фото-документацијом, довољан су основ да парнични суд реши претходно питање.[63]

Следећа недоумица пред којом би се парнични суд могао наћи у предмету *Вукићевић*, произилази из околности да је у жалбеном поступку оптужба одбијена услед наступања застарелости кривичног гоњења. Проблем је у томе што судска пракса није уједначена у вези с могућношћу парничног суда да као претходно питање реши да ли постоји кривично дело у случају када је кривични поступак обустављен или је оптужба одбијена.[64]

Немогућност парничног суда да одлучује о постојању кривичног дела[65] оправдава се другачије конципираним појмом кривичног дела, услед чега утврђење постојања дела није могуће без истовременог задирања у питање кривичне одговорности (виности и урачунљивости), а сходно претпоставци невиности из чл. 34 ст. 3 Устава, кривица па и постојање кривичног дела се не може утврђивати у парници.[66] Насупрот томе, у једној новијој судској одлуци заузет је став да када кривични поступак против штетника није вођен или је обустављен из објективних околности (штетникова смрт, недоступност органима гоњења, непознат идентитет), парнични суд може и мора за потребе парничног поступка (кривица и дужи рок застарелости) утврдити које кривично дело је *објективно* извршио штетник.[67] Једини изузетак би постојао у случају доношења одбијајуће пресуде због тога што је оптужени за исто дело већ правноснажно осуђен или ослобођен оптужбе, када је парнични суд везан постојећом прав-

[63] На основу извештаја лекара специјалисте о врсти и степену нанетих те лесних повреда оштећени је могао да поднесе тужбу против штетника, без прет ходног подношења кривичне пријаве против осумњиченог. У сваком случају, без обзира да ли се о томе одлучује у кривичном или парничном поступку, судија одмерава обим накнаде штете у зависности од учињене повреде, а не од тежине кривичног дела. Изузеци од тога постоје код накнаде моралне штете произашле из повреде осећања или достојанства личности оштећеног, призора туђе патње или губитка драге особе. Anne d'Hauteville, „Le droit des victimes", *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M. A. Frison Roche, T. Revet), Dalloz, Paris 2003[9], 564, 565.

[64] На редовној седници одржаној 7. јула 2011. године Уставни суд је утврдио став да у случају када је штета проузрокована кривичним делом (члан 377. ЗОО), а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости од рокова прописаних чла ном 376. Закона о облигационим односима, захтев за накнаду штете према сваком одговорном лицу, а не само штетнику, застарева када истекне време одређено за за старелост кривичног гоњења. То важи и у случају обуставе кривичног гоњења услед постојања трајних процесних сметњи. Уставни суд, Су број: I 400/1/ 3 11, 4. јул 2011, доступно на: *http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163 100890/stavovi suda.*

[65] Окружни суд у Ваљеву, Гж. бр. 88/06 од 17. марта 2003.

[66] Вера Кнежевић Мандић, „Привилеговани рок застарелости потраживања накнаде штете (члан 377. ЗОО)", *Билтен Врховног касационог суда* 3/2011, 364.

[67] Апелациони суд у Београду, Гж. 4350/10 од 23. новембра 2010.

носнажном осуђујућом односно ослобађајућом пресудом кривичног суда.[68]

4.1.2. Оштећени као тужилац у кривичном поступку

И у предметима у којима се оштећени појављивао као овлашћени тужилац у кривичном поступку, приступ Уставног суда је изворно био унеколико другачији од критеријума које користи ЕСЉП. Најпре ће бити размотрен случај у којем је оштећени имао својство супсидијарног тужиоца.

Реч је о предмету *Васић*[69] у којем је, након одустанка јавног тужиоца од оптужбе, оштећени преузео гоњење против лекарке након чије интервенције је наступила смрт његове кћери. Активна легитимација за позивање на јемства из чл. 32 ст. 1 Устава заснована је на својству оштећеног као супсидијарног тужиоца у кривичном поступку, при чему је наглашено да могућност да покрене парнични поступак за накнаду штете против окривљене, не доводи у питање његов интерес да се у кривичном поступку одлучи о њеној кривичној одговорности.[70] Пошто се Уставни суд није упуштао у питање постојања имовинскоправног захтева, приликом оцене разумног рока суђења као *dies a quo* је узет 15. април 1994. године, тј. дан када је јавно тужилаштво у Београду подигло оптужницу.

Иако се у одлуци на помиње концепт позитивне обавезе државе који се, као што је изложено, у стразбуршкој пракси користи пре свега за делотворну заштиту „тврдог језгра" људских права (дакле, и права на живот из чл. 24, ст. 1 Устава), становиште Уставног суда је утемељено управо на процесном аспекту позитивне обавезе државе да обезбеди заштиту права на живот.[71] Сагласно томе, оштећеном је признат неспорни интерес да се у поступку расправи да ли је смрт његове ћерке наступила услед пропуста и кривице окривљене. Нарочито у том случају је у правној држави од изузетне важности доношење одлука без одлагања, како се не би угрозила делотворност судске заштите Уставом гарантованих права и слобода и како би се одржало поверење грађана у судове. На основу тога је Уставни суд закључио да је повређено Уставом зајемчено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року из чл. 32 ст. 1 Устава.

---

68 М. Караникић Мирић, 200.

69 Уставни суд, Уж 2654/2009 од 24. марта 2010, § 1, 5, 6.

70 Уставни суд је указао да је парнични суд у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан за правноснажну осуђујућу пресуду.

71 Овај приступ је у потпуности заокружен у предмету *Мучибабић* (Уж 4077/2010) о којем ће бити речи у оквиру анализе положаја оштећеног у светлу „тврдог језгра" људских права.

Када су у питању предмети у којима је оштећени имао својство приватног тужиоца, уочљива је промена аргументације на којој Уставни суд темељи своје одлуке. У предмету *Ђорђевић*[72] се подносилац уставне жалбне позвао на повреду права на правично суђење из чл. 32, ст. 1 и права на судску заштиту из чл. 22, ст. 1 Устава,[73] јер је поступак који је као приватни тужилац покренуо због кривичног дела увреде окончан услед наступања апсолутне застарелости, а при том није одржан ниједан главни претрес. Иако је утврђена повреда права из чл. 22, ст. 1 и чл. 32 ст. 1 Устава, на недовољно јасан начин је истакнут основ за позивање приватног тужиоца на гаранције права на правично суђење.

Док се у стразбуршој пракси то чини на основу признања грађанског карактера праву да се ужива добар углед,[74] у одлуци Уставног суда је нагласак на судској заштити права личности, конкретно угледа, части и достојанства личности, која имају ранг основних људских права гарантованих Уставом, а за приватног тужиоца имају посебну важност. Наведена формулација наводи на помисао да је кључна ствар у томе што се ради о основном људском праву које има посебан значај за приватног тужиоца. Међутим, пошто приватни тужилац није захтевао накнаду штете, што би по правилу требало да учини како би му биле признате гаранције права на правично суђење, у први план је требало истаћи да је реч о праву личности које има грађански карактер, а да је исход кривичног поступка одлучујући за то право.[75]

У одлуци *Ђорђевић* је указано и на пропуштање надлежног суда да обезбеди приступање окривљених суду, на основу чега је изведен закључак да се суд није руководио *принципом исправног поступања*. Иако је ова аргументација вероватно требало да оправда повреду права на судску заштиту, она се у суштини односи на неделотворност те заштите у односу на изнету тврдњу о повреди права. Изузимајући „тврдо језгро" људских права, питање је да ли се делотворност судске заштите у односу на неко друго право може посматрати другачије осим кроз призму права на правично суђење (чл. 32, ст. 1 Устава), а у оквиру њега у светлу стандарда разумног трајања поступка и, можда, права на приступ суду? А да би то било могуће,

72 Уставни суд, Уж 372/2008 од 16. октобра 2008, § 1, 5, 6.

73 Одредбом чл. 22. ст. 1 Устава утврђено је да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. О значају ове уставне одредбе вид. Маријана Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд 2009, 33 35.

74 ЕСЉП, *Golder против Уједињеног Краљевства*, 21. фебруар 1975, § 27.

75 ЕСЉП, *Helmers против Шведске*, 29. октобар 1991, § 29.

праву приватног тужиоца о којем се одлучује у кривичном поступку потребно је да буде признат грађански карактер.

У предмету *Стаменковић и Милковић*[76] у којем је утврђена повреда права из чл. 32, ст. 1 Устава ситуација је била донекле једноставнија, па је и одлука у потпуности на трагу стразбуршке праксе. Оштећени су поднели приватне тужбе против окривљеног за кривична дела клевета и увреда, а истовремено су истакли имовинскоправне захтеве. Управо из чињенице да су јасно изразили своју намеру да траже накнаду штете проузроковане повредом части и угледа, закључено је да су активно легитимисани за истицање повреде права на суђење у разумном року из чл. 32, ст. 1 Устава. На основу тога је као *dies a quo* узет дан подношења приватних тужби. С обзиром на то да је кривични поступак окончан доношењем пресуде којом је одбијена оптужба због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења, до чега је дошло услед недопустивог одуговлачења поступка од стране првостепеног суда, Уставни суд је утврдио повреду права на суђење у разумном року.

4.2. Оштећени и „тврдо језгро" људских права

Одлука у предмету *Мучибабић*[77] је значајна из неколико разлога. У њој је Уставни суд применио концепцију позитивне обавезе државе да у случају повреде неког права која спадају у „тврдо језгро" људских права спроведе делотворну истрагу.[78] Поред тога, до закључка о постојању повреде права на суђење у разумном року (чл. 32, ст. 1 Устава) дошло се преко процесних гаранција у вези са правом на живот (чл. 24, ст. 1 Устава), дакле, путем којим се ЕСЉП кретао у предмету *Šilih*.[79] Постоји и једна битна разлика у односу на поменуту одлуку ЕСЉП, а огледа се у томе што је оштећени истакао само повреду права на суђење у разумном року (чл. 32, ст 1. Устава и чл. 6, ст. 1 ЕКЉП), али не и повреду права на живот.[80] Услед тога

---

76 Уставни суд, Уж 452/2009 од 14. јула 2011, § 3, 5, 6.

77 Уставни суд, Уж 4077/2010 од 14. јула 2011, § 3, 5, 6.

78 О пракси Уставног суда Босне и Херцеговине у вези с обавезом државе да спроведе делотворну истрагу вид. Миодраг Н. Симовић, Владимир М. Симовић, „Право на живот у пракси Европског суда за људска права и Уставног суда Босне и Херцеговине", *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности и перспективе* (прир. Л. Крон, Б. Кнежић), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2011, 62 68.

79 ЕСЉП, *Šilih против Словеније*, 9. април 2009, § 211, 216.

80 За разлику од ЕСЉП, Уставни суд се држи правила *iudex ne eat ultra pe tita partium*. Другим речима, у погледу утврђивања повреде или ускраћивања права или слободе, везан је захтевом из уставне жалбе и приликом одлучивања креће се у границама постављеног захтева. Уставни суд, Су број I 8/11/09, 2. април 2009, Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби

је искрсао проблем у вези са могућношћу примене гаранција правичног суђења, јер Устав не гарантује право да ће се кривични поступак против трећих лица водити, а гаранције права на правично суђење из чл. 32 Устава могу се признати оштећеном, према устаљеној уставносудској пракси, само ако је у кривичном поступку поставио имовинскоправни захтев. Међутим, за оцену допуштености уставне жалбе у конкретном случају је од одлучујућег значаја била чињеница да је реч о поступку који се води у вези са повредом права на живот које је зајемчено чл. 24 ст. 1 Устава. У питању је једно од права које утемељује слободу и чије постојање подразумева позитивну обавезу државе да предузме све потребне мере како би се заштитио живот лица које је под њеном надлежношћу.

Посматрана с процесноправног аспекта, позитивна обавеза државе се, у случају када је неко лице лишено живота, састоји у спровођењу независне и делотворне истраге, што подразумева постојање ефикасног судског система у оквиру којег ће бити спроводен поступак који не мора нужно по свом карактеру да буде кривични. С обзиром на то да право на правично суђење из чл. 32 Устава изворно спада у категорију заштитних права чији *ratio* се налази у потреби обезбеђења делотворне заштите основих људских права, оно је у конкретном случају представљало довољан основ за истраживање околности под којима је дошло до повреде права на живот. На основу тога је изведен закључак да је оштећени као тужилац, будући да дужина трајања кривичног поступка није испунила захтев за брзим и ефикасним поступањем у вези са расветљавањем насилне смрти његовог сина, активно легитимисан за истицање повреде права на суђење у разумном року из чл. 32 ст. 1 Устава. Оценом околности конкретног случаја Уставни суд је утврдио да је оштећеном као тужиоцу повређено право на суђење у разумном року из чл. 32 ст. 1 Устава.

5. ЗАВРШНИ ОСВРТ

Појам насиља у савременом друштву се не везује више само за физички напад, већ се у најширем смислу проширује и на људску личност, тако да реч постаје насилна као и гест, а достојанство осетљиво као и тело.[81] Услед тога долази до преображаја друштвене осетљивости према жртви, при чему је наглашено саучешће и мо-

(усвојени на редовним седницама од 30. октобра 2008. и 2. априла 2009), доступно на: *http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163 100890/stavovi suda*.

[81] Лоран Микиели, „Једно насилније друштво? Друштвено историјска анали за интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас” (I део), *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 38.

рално поистовећивање с њом, нарочито ако је присутан појам патње. Патња је постала савремено зло, чинилац потенцијалне жртве и мерило којим се изражавају осуде. Све то је суштински утицало на промену статуса жртве и истицање захтева за њеном појачаном заштитом, како на плану материјалног права, тако и у оквиру процесних гаранција.

Ове Микиелијеве (*Mucchielli*) реченице језгровито осликавају проблематику размотрену у овом раду која, посматрана са становишта основних људских права, отвара питање постојања и утемељења права оштећеног у кривичном поступку. Још крајем осамдесетих година прошлог века је било залагања за доношење посебног протокола уз ЕКЉП који би на целовит начин уредио права оштећеног у кривичном поступку.[82] Заговорници европске конструкције права оштећеног сматрају да би она, на једној страни, требало да му обезбеди стандарде правичног суђења и да, на другој страни, учини делотворном заштиту његовог физичког и психичког интегритета, и то како са материјалног, тако и са процесног аспекта.

Бројни су документи у оквиру Савета Европе и Европске уније усвојени у циљу успостављања минималних стандарда који се односе на положај и права лица које је оштећено кривичним делом.[83] Њихов заједнички именитељ је да појам оштећеног заснивају на штети проузрокованој кривичним делом, стављајући на тај начин, према мишљењу појединих аутора,[84] нагласак на претрпљену патњу као основ који би морао да буде признат у оквирима националних кривичних поступака. И на упоредном плану се запажа да оштећени добија све запаженију улогу у кривичном поступку, што је случај и у нашем праву.[85] Ако се то има у виду, може се поставити питање има ли основа да се оштећеном признају и права која су у вези са стандардима правичног суђења и „тврдим језгром” људских права?

Одредба о праву на правично суђење из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП замишљена је као темељ на којем су саздани стандарди фер суђења у судском поступку. Због тога је требало да обухвати како парничии, тако и кривични поступак, што је постигнуто формулацијом о грађанским правима и обавезама, на једној, и кривичној оптужби, на другој страни. Пошто чл. 6, ст. 1 ЕКЉП говори о грађанским правима и обавезама *или* кривичној оптужби, може се закључити да

[82] M. L. Lanthiez, 156, 157.

[83] Вид. Guiletta Gamberini, „Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisation", *La victime sur la scène en Europe* (dirigé par G. Guidicelli Delage, C. Lazerge), coll. „Les voies du droit", Presses Universitaires de France, Paris 2008, 160 162.

[84] *Ibid.*, 163.

[85] О томе вид. Г. П. Илић, 152 155.

његови аутори нису имали у виду случајеве у којима би долазило до укрштања грађанске и кривичне области. То је разумљиво, јер је право на правично суђење и замишљено као заштита слабије стране у кривичном поступку, тј. лица против којег је подигнута кривична оптужба. Да је кривични аспект чл. 6, ст. 1 ЕКЉП моделиран првенствено за оптуженог, сведоче и ст. 2 и 3 истог члана који појачавају положај лица против којег је подигнута кривична оптужба. Продор грађанских елемената у кривични забран резултат је стразбуршке праксе.

Један од првих предмета у којем се Европска комисија за људска права изјаснила о овом питању био је *X. против Луксембурга*.[86] Иако је подсетила да право на приступ суду из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП не обухвата и право да се против другог води кривични поступак, Комисија је допустила изузетак у случају када је подносилац представке у кривичном поступку истакао грађанску тужбу против оптужених за клевету.[87] На овој замисли је утемељена пракса стразбушких органа. Много година касније, у настојању да изнађе нови приступ овој проблематици, ЕСЉП је у предмету *Perez против Француске*[88] исказао у суштини доследност изворној идеји: „право на кривично гоњење или осуду другог лица није допуштено само по себи, већ мора да буде праћено грађанском тужбом оштећеног која је усмерена макар на симболичну накнаду штете или на заштиту права грађанског карактера".

Заодевање грађанског под кривични плашт представља дакле стразбуршки путоказ ка признавању оштећеном гаранција садржаних у праву из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Овакав приступ отвара бројна питања (о некима је било речи у претходном излагању) која се у основи своде на једно: да ли се на тај начин нарушава делотворност заштите коју право на правично суђење пружа лицу против којег је усмерена кривична оптужба? Одговор би морао да буде потврдан, нарочито ако се има у виду изворна замисао твораца Конвенције и сâма редакција чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. С тим у вези, требало би имати у виду да је данашњи положај оштећеног у кривичном поступку, у поређењу с оним који је у упоредном кривичном процесном

[86] ЕКом.ЉП, *X. против Луксембурга*, 8. март 1979.

[87] *„In the instant case, however, the applicant had introduced a civil claim (partie civile) in the course of criminal proceedings against those responsible for the defamation. It follows that Article 6, paragraph 1 is in principle applicable to such a dispute"*. На другој страни, француска редакција одлуке је нешто другачија. У њој је истакнуто да је у конкретном случају подносилац представке објединио своју кривичну тужбу са установљењем грађанске странке у циљу добијања накнаде штете од учинилаца клевете (*„En l'espèce, toutefois, le requérant avait assorti sa plainte pénale d'une consti tution de partie civile tendant à obtenir une réparation des auteurs de la diffamation"*).

[88] ЕСЉП, *Perez против Француске*, 12. фебруар 2004, § 70, 72.

законодавству имао у време доношења Конвеције (дакле, средином прошлог века), битно другачији. На том плану су учињени значајни помаци, истина нешто мањи у земљама англо-америчког, а већи у земљама континеталног права. Права којима располаже оштећени и начин на који их врши, претпостављају да то чини пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Такође, расправност која је јавна и правична представља процесни оквир у којем и оштећени остварује своја права. Реч је, дакле, о елементима који чине стандарде правичног суђења, а за које је тешко рећи да се не односе на оштећеног (као, уосталом, и на јавног тужиоца) у току кривичног поступка. Међутим, сасвим друго је питање треба ли оштећеном признати *право на правично суђење* и, у случају потврдног одговора, условљавати га постојањем грађанског захтева?

Поједини аутори се залажу за безусловно признање права на правично суђење оштећеном, сматрајући да инсистирање Суда на накнади штете представља израз сумње да оштећени у противном не би учествовао у кривичном поступку.[89] Они истичу да је у основи небитно да ли се оштећени руководи материјалним или моралним разлозима, јер у сваком случају има интерес да оптужени буде оглашен кривим за повреду „грађанског права" у смислу чл. 6 ЕКЉП.[90] На трагу ових размишљања би се исто могло рећи и за кривичну оптужбу из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Утврђивање кривице оптуженог за кривично дело које му је стављено на терет представља такође интерес оштећеног, а не приватну освету или *actio popularis*, као што то погрешно сматра Суд.[91] Не представљају ли зато накнада штете или право грађанског каратера својеврстан „смоквин лист" којим се може прикрити интерес оштећеног да оптужени буде оглашен кривим за кривично дело? То отвара кључно питање у вези с могућношћу за признавање права на правично суђење оштећеног – његов однос према праву на приступ суду и праву на суђењу у разумном року која се везују за чл. 6, ст. 1 ЕКЉП.

Оштећени би требало да има могућност да свој захтев за накнаду штете или заштиту права грађанског карактера оствари и у парничном поступку.[92] У случају да не искористи такву могућност оштећени не би могао да истиче да му је, услед неодлучивања кривичног суда о грађанском захтеву, повређено право на приступ суду у смислу чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Овакво решење би било сразмерно леги-

[89] S. Trechsel, 41.

[90] Аутор овај предлог везује само за одлуку о кривици, а не и за изрицање казне, *ibid*., 42.

[91] ЕСЉП, *Perez против Француске*, 12. фебруар 2004, § 70.

[92] Упор. S. Trechsel, 42; Piter van Dijk (*et al.*), *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo 2001, 377, 378.

тимном циљу доброг дељења правде и не би представљало суштинску повреда права на приступ суду, управо због чињенице да оштећени није ни покушао да оствари свој грађански захтев у поступку који је предвиђен за то.[93] Примена овог решења у нашем праву би значила да би парнични суд одлучивао о постојању кривичног дела као о претходном питању ако кривични поступак није ни покренут, или је покренут, али још увек није окончан, или је окончан одбијајућом пресудом.[94]

Када је реч о могућности оштећеног да се позове на повреду права на суђење у разумном року јер кривични суд није одлучио о његовом грађанском захтеву, требало би имати у виду неколико околности. Ваљало би водити рачуна да ли је грађански захтев могао да постави у парничном поступку, а нарочито да ли га је јавни тужилац или кривични суд о томе поучио. Најважнија би свакако била оцена да ли је исход кривичног поступка од одлучујућег значаја за признавање његовог грађанског захтева. Једино под претпоставком да је осуда услов *sine qua non* за досуду грађанског захтева, могло би се испитати да ли је оштећеном повређено право на суђење у разумном року. С нарочитом пажњом би при том требало размотрити случај у којем је кривична оптужба одбијена услед наступања застарелости кривичног гоњења. Погрешно је, као што то чини ЕСЉП и доктрина која се бави овим питањем, одбијање оптужбе из наведеног разлога посматрати искључиво у светлу повреде права оштећеног на суђење у разумном року. Није спорно да такав исход поступка може погодовати оптуженом да утекне руци правде и да се осуди за учињено кривично дело. Међутим, ни би смело да буде спорно ни да одбијање оптужбе због застаре кривичног гоњења није у интересу оптуженог који је током поступка оспоравао наводе тужиоца са очекивањем да га суд ослободи од кривичне оптужбе (што нарочито бива оправдано ако је у првом степену ослобођен, а застарелост наступи у каснијим фазама поступка).[95] Иако је на његовој страни остала необорена претпоставка невиности, у јавности би утисак могао да буде потпуно другачији – да до осуде није дошло само због наступања застарелости. У случају да у описаној ситуацији оптужени и оштећени истакну повреду права на суђење у разумном року, било би веома интересантно видети на који начин би се Суд у Стразбуру одредио према њиховим представкама.

93 Вид. ЕСЉП, *Asenov и остали против Бугарске*, 28. oktобар 1998, § 112. Упор. издвојена мишљења судија Lorenzen и Vajić (ЕСЉП, *Anagnostopoulos против Грчке*, 3. април 2003) и судија Jaeger и Villiger (ЕСЉП, *Atanasova против Бугарске*, 2. oktобар 2008).

94 М. Караникић Мирић, 199, 200.

95 Вид. Горан Илић, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Службени гласник, Београд 2004, 131 134.

До примене изложених правила би могло да дође само у поступку у којем је кривичну оптужбу заступао јавни тужилац, а оштећени је истакао грађански захтев. У случају да се оштећени у кривичном поступку појављује као овлашћени тужилац, његова примарна улога је заступање кривичне оптужбе, па не би било основа за признавање гаранција из чл. 6, ст. 1 ЕКЉП. Најзад, у погледу о положају оштећеног у светлу „тврдог језгра" људских права, и поред појединих недоумица, могло би се рећи да је приступ Европског суда за људска права у основи прихватљив.

Dr. Goran P. Ilić

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law
Constitutional Court of Serbia Judge

THE INJURED PARTY AND HUMAN RIGHTS STANDARDS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

This article considers issues relating to the position of the injured party in criminal proceedings and human rights standards that should be recognized to him/her in such a situation. The paper thereafter considers standards set by Strasbourg relating to the position of an injured party in criminal proceedings, namely the two grounds for the inclusion of an injured party within its jurisdiction. First pertains to the right to a fair trial, while the second relates to „core" human rights. A civil claim submitted by an injured party in criminal proceedings represents a link between an injured party and the right to a fair hearing under Art. 6(1) of the European Convention on Human Rights. The author summarises the analysis of numerous decisions rendered by the European Court of Human Rights, as well as cases handled by the European Commission of Human Rights, by concluding that a civil claim of an injured party has to pertain at least to a symbolic compensation for damages incurred or to protection of a certain civil right. It is also necessary that the outcome of criminal proceedings is decisive for the civil claim of the injured party. When speaking of „core" human rights, the author emphasises the link between the said concept and the concept of the European public order. It has been particularly stressed that the European public order is of a limited scope in respect to an injured party because it pertains solely to persons who's physical or psychological integrity (Art. 2, 3, and 4 of the European Convention

on Human Rights) had been violated or jeopardized by specific criminal offences. The article thereafter considers the practice of the Serbian Constitutional Court relating to the issue of the position of an injured party in criminal proceedings and human rights standards. Through analysis of relevant decisions the author sheds light on the development of the Constitutional Court practice and assesses its compatibility with positions taken by Strasbourg. In the concluding chapter the author presents a position that the „entrance" of an injured party in the fair trial sphere diminishes the effectiveness of the protection provided by Art. 6(1) of the European Convention on Human Rights to a person charged. This partially stems from the strengthening of the position of an injured party in different legal systems, but is largely attributable to the European Court of Human Rights. After providing a reminder that an injured party has an interest in having his/her civil claim resolved in criminal proceedings, as well as an interest in the defendant being found guilty, the author states the position that Strasbourg case-law does not sufficiently address certain issues. When assessing whether the right of an injured party to have access to court has been violated one should also take into account a possibility of making a civil claim in litigation proceedings. On the other hand, when one speaks about an assessment of whether an injured party could invoke a violation of the right to trial within reasonable time, the author takes the position that the core criteria in that respect should be – the determinative character of the outcome of criminal proceedings to the fate of a civil claim. Under these conditions an injured party could have the guarantees deriving from Art. 6(1) of the European Convention on Human Rights recognized, albeit only in proceedings in which the criminal charge is represented by a public prosecutor. In cases where the injured party is acting in criminal proceedings in the capacity of an authorized prosecutor he/she could not invoke the right to a fair trial. In the author's opinion, Strasbourg practice relating to the position of an injured party in the context of core human rights is right.

Key words: *Injured party. – Criminal proceedings. – Human Rights. – Right to a fair trial. – Core human rights. – European Court of Human Rights. – Constitutional Court.*

УДК 27-454 ; 173.1 ; 347.627.2

Др Слободан И. Панов*

ОСНОВ ЗА РАЗВОД ДУХОВНОГ БРАКА

Аутор први пут у нашој новијој литератури, кроз два рада у овом часопису, детаљније анализира основ за развод брака у световном и духов ном праву. У духовно правном хоризонту идеја развода посматра се са три аспекта: епектазе, љубави и есхатологије. Уз бројне примере и илустрације, аутор констатује да разлика концепта развода брака потиче од опозитног/ антиномичног концепта брака: брака заједнице живота или Свете тајне; брака равноправности или љубави; заборава и неважности кривице или стал ног моралног усавршавања; хедоније или смисла искушења; експресног чулног задовољења или неакратије: снажне и сталне кондиције за врлину, за љубав као радосне и целомудрене жртве; провизоријума или есхатологије, мерила човека или мерила Бога.

Кључне речи: *Духовни брак. Света тајна. Епектаза. Љубав. Есхатоло гија.*

1. УВОД

У „градусној" метафорици св. Јована Лествичника, анализу основа за развод духовног брака, тј. за „легитимацију" развода духовног брака,[1] посматраћемо са три аспекта: кенозе и епектазе, с аспекта вредности/врлине љубави и са есхатолошког аспекта.

Говорећи да у *Законоправилу* св. Саве и у *Законику Стефана Душана* има много прописа о браку, Димшо Перић констатује да је „после Другог светског рата дошло да лаицизирања брака, што је

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *panov@ius.bg.ac.rs*.

[1] Јер, „Бог мрзи развод", протопрезвитер Антоније Г. Алевизопулос, „Благо дат брака", *Да двоје једно буду православни брак и породица у савременом свету* (ур. Ј. Србуљ, В. Димитријевић), Београд 2007, 7; јер, „развод је најнесрећнији и најопаснији пут у људском животу", вид. Никола Ружичић, *Номоканон о браку*, Бео град 1880, 188.

имало негативне последице по државу и Цркву“.[2] Тим поводом подобним нам се чини и подсећање на став Троицког о разлици између колегије и установе. Колегију обликује воља њених чланова, док је за установу меродавна воља њеног Оснивача.[3] Српска православна црква, која *Брачним правилима* регулише брак је, дакле, установа у којој Христова воља одлучује. Христ своју власт није предао свим члановима Цркве, него само апостолима и њиховим пријамницима. Уз слободну црквеноправну метафору, брак је, у својој почетној, површној, изложбеној верзији, колегија, док је у својој вишој, суштаственој, циљној верзији/суштини – установа. Световни брак у себи сједињује и правни и морални елемент. Право је, у старом српском преводу *Властареве Синтагме*, „хитростъ доброму и равному“ (уметност доброг и једнаког). Док се право регулише идејом једнаког, морал се инспирише идејом жртве, љубави, интересом другог. Морална норма има само императивни елемент, док правна норма има императивно-атрибутивни карактер. Морална свест налаже чињење независно од чињења других, док је правна норма корелативна – зависна од чињења других. Морална норма има једноставну формулу *do fas* – дај, чини добро људима, док је правна формула сложенија (*do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des*).[4] Право и морал јесу савезници. Право има и моћ и очигледну немоћ. Право је доказ несавршености човека, инертности или сведочење покварености његовог моралног механизма. Право принудом, претњом санкцијом, неаутономно, неаутархично *усавршава* појединца „страхом од санкције“. Тај страх од санкције чини индивидуу морално будном/буднијом. Личност нема потребу за овим *правним подсећањем*. Немоћ права казује истина да, иако је принуда лек у случају болести (одсуства природног осећаја правичности), тај лек не оздрављује. Лечити принудом исто је као и хранити човека лековима. Бајонетима може да се победи, али не може се седети на бајонетима, не може се опстати на бајонетима – каже једна политичка пословица. Иако

[2] Димшо Перић, *Црквено право*, Београд 1999, 279.

[3] Више о ставовима Сергеја Троицког у вези са преплитањем црквеног и државног права, вид. недавно објављени текст Dragan Mitrović, „Ecclesiastical Law and State Law“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2012, 243 264.

[4] Стари завет је правни, а Нови завет је и морални. Исус вели: „Чули сте да је казано око за око, зуб за зуб, чули сте да је казано љуби ближњег својег и мрзи непријатеља својег. А ја вам кажем љубите непријатеље своје, благосиљајте оне које вас куну, чините добро онома који вас мрзе и молите се Богу за оне који вас гоне“, (Мат., 5,43 44). Оснивач Цркве каже: „Нисам дошао да покварим закон (тј. правни закон Старог завета), него да испуним“, (Мат., 5,17). Љубав и жртва се заснивају на праву које дефинише шта је наше право које жртвујемо. Жртва туђег блага није жртва, вид. Сергије Викторович Троицки, *Црквено право*, Београд 2011, 26 29, 32, 33.

је слобода/љубав основ Цркве, ни право не противречи слободи и љубави. Циљ права је заштита од самовоље и тираније, право треба да буде заштита туђе слободе и чињење у корист опште слободе. Апостол Павле каже да су чланови Цркве слободни управо јер су робови права (Римљ. 6, 17–20).[5]

С другог, не и другачијег, аспекта казано: „преко свести може да се комуницира" (демант неверујућих „хиперреалиста" јесте вест да се на Беркли универзитету истражује неуролошка комуникација која омогућава читање мисли). М. Јањић Комар наставља да је битан осећај, а да су речи, звук, слика само средство.[6]

„Либерални хоризонт наде" у идеју слободе, индивидуализма и среће, *можда* се, у „земаљској фактографији", показао као форсирани и контролисани аутизам, као усамљеничка социјалност, као радосна маска туге, као несрећна слобода и као слобода робова (Чомски), као пароксизам среће, као све некомфорнији „луксузни логор" (Мирјана Бобић Мојсиловић), као „гламурозно ништа".

Може ли се у време уништења духовне аристократије (термин који смо користили у неким пригодама), у време немодерности врлине и истине, у време „специфичне културе", врло еуфемистички казано, размишљати и понашати другачије: лепо. Подсећамо да је *Лепо*, од Платона, хармоничан однос делова према Целини.[7] По Канту, *Лепо* је „незаинтересовано свиђање", а по Хегелу *Лепо* је „идеја обучена у осећајност".[8] Може ли, не само с аспекта индивидуалне егзистенције и ползе, да буде тачна мисао Достојевског да ће лепота спасити свет? Чињење упркос рђавим реалним околностима „извесне племените субјекте" не мотивише на капитулацију у шустерској (Достојевски) или собарској (Хегел) форми, већ на чињење у Андрићевом стилу радосног/целомудреног песимизма.[9]

---

5 *Ibid.*, 37, 38.

6 Марина Јањић Комар, *Terra nostra terra incognita прилог теорији права*, Београд 2010, 42.

7 Вид. више Владета Јеротић, *Препоруке и прикази философија, религија, књижевност*, Београд 2006, 36.

8 Вид. Руди Супек, *Живјети након ослобођења, прилог дијалектици ослобођења*, Београд, 1986, 88 89.

9 Све су Дрине овог света криве и ниједна кривина не може да се исправи, а посао човека јесте да никад не престане да исправље те Дрине. Пирандело је био нерадосни песимиста. По њему, човек је поруга божје намере (вид. Владета Јеротић, *Путовање у оба смера*, Београд 1992, 98). Шопенхауер и Волтер веле да ћемо овај свет оставити исто тако глупим и злим, какав је био у часу нашег доласка на свет (Шопенхауер, 8). У књизи Тодора Баковића о депресивном оптимизму Црногораца, изнет је став да депресија, туга, снажи (борбену) личност, вид. В. Јеротић (2006), 55 62.

Који је „квантум модерности идеје развода данас“ и који су разлози за развод световног брака?[10] Према статистици из 2002. године за Енглеску и Велс, од 249.227 закључених бракова, 147.735 бракова се разведе с озбиљним последицама.[11] Према статистици у 2005. години у Енглеској се највише развода десило због *unreasonable behaviour*.[12] Детаљнија етиологија развода показује да до развода долази највише због, у нашој атрибуцији, „предности које дефаворизују“ (младост;[13] образовање и дуга предбрачна кохабитација брачника[14]). А да је, казано Кишовом лексиком, осигурана „лоша бесконачност“, показује ефекат хередитарности брачне и породичне патологије. Лица које су у свом детињству доживела болно/неусрећитељско искуство развода брака,[15] као да несвесно или подсвесно понављају тај манир и у свом брачном животу. О „чудним путевима Господњим“ и „чудним путевима људске душе“ говори и парадоксална чињеница да се често понавља манир који је неспорно, ако не врло болан, онда свакако непријатан и нежељен.[16] Према једном истраживању у Француској, насиље и алкохолизам брачног партнера су разлог развода у 65% случајева код „обичног света“ (радника, трговаца, занатлија) и 58%

Према Владики Николају Велимировићу, нема извињавајућих околности, мука је радост и пораз је победа. Он каже: „Многим људима увек се чини да, када би били у другим приликама, били би бољи људи... То је само илузија и признање свог моралног пораза... Да је цар Лазар утекао са Косова сматрао би се он побеђеним, но како је остао до краја на свом месту и погинуо, он се сматра победиоцем. Адам у рају изгуби веру, Јов на гнојишту утврди веру. Пророк Илија никад не рече: „глад ми смета да будем послушан Богу“. Нити цар Давид рече: „круна ми смета да будем послушан Богу“, вид. Владика Николај, *Мисли о добру и злу,* Петроград 2002, 73.

10 О томе је било више речи у претходном раду, Слободан Панов, „Основ за развод световног брака“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 107 136.

11 Jonathan Herring, *Family Law*, Oxford 2004, 79. У Енглеској статистика показује да 40% свих бракова заврши разводом (*National Office of Statistics*, 2002), а да је највиша стопа развода код супружника који имају између 25 и 29 година живо та, вид. Mary Welstead &Suzan Edwards, *Family Law*, Oxford 2006, 91.

12 Brenda Hale, David Pearl, Elizabeth Cooke, Daniel Monk, *The Family, Law&Society*, Oxford New York 2009, 153, 167.

13 „Нежне године“ брачника, младалачки таленат за животну мудрост често заврши схватањем разлике између снова и збиље, Judith Masson, Rebecca Bailey Harris, Rebecca Probert, *Principles of Family Law*, London 2008, 279.

14 Као што дуге везе ретко заврше браком, тако и кохабитација пре брака често провоцира развод брака. Нека истраживања говоре да су „предбрачни кохаби танти“ за 50% склонији разводу брака од „некохабитаната“. Кафка је био познат по честим раскидима веридби: четири пута субјективно и пети пут објективно, вид. В. Јеротић (1992), 57 59.

15 У Енглеској 3,7 милиона деце има искуство са разводом родитеља, вид. Kate Standley, *Family Law*, London 1997, 2. После смрти блиске особе, по интензитету, развод брака је следећи стресогени догађај, вид. М. Алинчић, Д. Храбар, Д. Јаковац Лозић, А. Корађ, *Обитељско право*, Загреб, 2006, 95.

16 J. Herring (2004), 80.

код стручњака, док је неверство присутно као разлог развода у 52%, односно 44% случајева.[17] Дакле, насиље и неверство су тужна одлика савременог и брачног и социјалног живота.

Да би се боље разумео основ/легитимација развода световног и духовног брака, укратко ћемо скицирати разлику између ова два модела/нивоа брака. Ако се пореди схватање брака у духовној/црквеној визури[18] и у световној/лаичкој визури,[19] онда можемо да евидентирамо следеће разлике:

– *брак као заједница живота и брак – Света тајна*. Црквени брак је Света Тајна.[20] Божанска категорија. Хумана, а не хуманистичка.[21] Безвремена, без дозвољене/уграђене пролазности, без детонације релативношћу (хуманизам је морална релативност), без

[17] Мартин Сегелан, *Социологија породице*, Београд 2009, 190.

[18] Брак је двоједна установа небеског и земаљског устројства, вид. протојереј ставрофор Драгомир Сандо, „Схватање црквеног брака у Православној цркви", *Православни катихета* 4/2010.

[19] Црква није од овог света, али је њена мисија у овом свету. Хришћанин је целовита личност, неподељена шизофрено на тзв. духовну и световну сферу, вид. Владан Перишић, „Личност и природа. Теолошка размишљања о људским правима", *Људска права у хришћанској традицији* (ур. Радован Биговић), Београд 2009, 60. Црква је и Царство и пут према том Царству, Црква је и највиша светост и путовођа ка светости, вид. свештеник Владимир Шмалиј, „Православна антропологија пола", *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савременом свету*, (ур. Ј. Србуљ, В. Димитријевић), Београд 2007, 605.

Форсирања шизофреније има у покушају. Рецимо, у Ници је 2000. године потписана Карта основних права европских грађана, уз противљење Православне цркве Грчке и Католичке цркве јер је уклоњен уводни текст који је говорио о улози хришћанства у формирању европске културе, вид. Јоанис Петру, „Карта основних права и питање вредности", *Људска права у хришћанској традицији* (ур. Радован Биговић), Београд 2009, 139 и 140. Још једна илустрација поменутог феномена: Европски суд за људска права је 2009. године, поводом тужбе једне Финкиње која живи у Италији, донео одлуку да приказ распећа у јавним установама повређује некатоличке и атеистички опредељене. Данас је исти суд донео супротну одлуку. А сутра?, вид. *Печат лист слободне Србије*,158/2011, 55.

[20] Крштење, миропомазање, причешће, кајање и јелеосвећење јесу Свете тајне за све хришћане, док је тајна свештенства и Брак благодат за извесна/одређена лица. Брак постоји и у време невиности човека и после, када се изгубила првосаздана лепота, брак је и средство против разуздане чувствености и средство постизања пуноте Христовог милосрђа. Брак умножава човечији род и за циљ има и и узајамну љубав и „нераздвојни живот", вид. митрополит московски Макарије (Михаил Петрович Булгаков), *Православно догматичко Богословље*, Београд 1898, 297 299, 304.

[21] Свети Јустин у делу *Светосавље као философија живота* каже: „Нихилизам и анархизам су логични завршетак европске културе, завршна форма европског хуманизма и релативизма. Хуманизам је њен главни архитект. Сва је изграђена на софистичком принципу и критеријуму: човек је мера свих ствари, видљивих и невидљивих, и то европски човек... Европски човек је себе прогласио за Бога... и човеку је све допуштено. Допуштен је грех, допуштено зло, допуштен злочин".

афирмације пролазности и у дефиницији и у бракоразводном искуству. Световни и духовни брак имају и различит смер дијалектике: инволуције и еволуције. Владика Николај истиче да у телесном браку најпре наступају радости па горчине, а у духовном браку прво горчине па радости.[22]

– *брак духовности и брак световности*. У аскетском речнику *свет* је стање егоистичне телесности. *Свет* је једнак са телесном љубављу према себи, дакле са „кожним хаљинама" или страстима. А страсти нису само одраз егоизма и не показују само немоћ човека да се одлепи од материје, него су и израз ирационалности; оне мењају смисао ствари, употребљавајући их против њиховог природног циља. У есхатолошкој перспективи, свет *ће бити* преображен у Царство Божије. Зато се хришћанин, знајући пут и динамику света, моли:„Нека дође благодат и нека прође овај свет" (Дидахи 10, 5). Циљ брака јесте обожење. Током сусрета студената московских духовних школа са игуманом светогорског манастира Ватопеда, архимандритом Јефремом, речено је: „Ни брак ни монаштво нису циљ – циљ је обожење". Обожење је онтолошки садржај заједнице човека са Богом. Обожење је стање преображења човечанскога, „превазилажење" створене природе и њено консолидовање у истинској егзистенцији поновним актуализовањем могућности која јој је дата од почетка. У патристичкој теологији, сви Оци Цркве преузимају православну тврдњу: „Бог је постао човек да би човек постао бог". Они не избегавају да назову човека „богом по благодати" и да ставе знак једнакости између спасења и обожења.

– *брак есхатологије и брак провизоријума.* Наводимо мисао корисну за „праксу развода": логика времена, проистекла из православне духовности, филозофије и етике, заповеда да се не дозволи да победи грех привлачног тренутка. Ваља тежити есхатолошкој рајској неконачности, нетренутку и надтренутку. Не треба угађати привлачности тренутка и садашњости, већ тежити непролазној врлини будућности. Отац Јустин Поповић вели да „за разлику од општеприхваћеног мишљења да историја има свој узрок у прошлости, за хришћане је узрок историје у будућности."

– *брак љубави*[23] *и брак „равноправности"*. У нашим ранијим радовима констатовали смо инволутивност идеал-типског концепта

[22] Св. Владика Николај (2007), 16.

[23] И дефиниција брака по § 60 Српског грађанског законика из 1844. године има „љубавни" елемент: „Права и дужности супружника проистичу из брака који се између два лица разнога пола закључује и венчањем средством свештеника по пропису православне цркве свршује, почем се она лица пред два или три свједока изјасне да желе неразлучно живети, завјетујући се уједно на *вјековечиту љубав* и ненарушиму вјерност". Бог је Љубав (1.Јн. 4,8). У сваком човеку, сазданом по образу и подобију Божјем, постоји могућност и неопходност љубави. Срећа је немогућа без

брака у ПЗ Србије у поређењу са ЗБПО Србије.[24] Према чл. 25 ПЗ Србије, супружници су дужни да се узајамно поштују и помажу. Према чл. 6, ст. 2 ЗБПО Србије, брак се заснива... на љубави, поштовању, разумевању и поверењу, а према чл. 29 ЗБПО Србије односи брачних другова се заснивају на узајамној љубави, поштовању и међусобном помагању. [25]

У кондензованој језичкој форми која не сенчи богатство полисемичности, духовни брак је вечит[26]/нераскидив.[27] Духовни брак је

љубави, вид. Свештеник Сергеј Николајев, „Развод и усамљеност", *Књига духовних савета*, (ур. Јован Србуљ), Београд 2007, 385. Према православном учењу грех није толико преступ закона као што је недостатак љубави према Богу. „Имај љубави, па чини шта год желиш,"каже блажени Августин.

[24] О имплицитном „таленту" законописца за хаику поезију, вид. Слободан И. Панов, „Појам и правне последице прељубе", *Правни живот*, 10/2011, 6 и даље. О тзв. Јеванђељу по Јуди, аутора гностика из секте каинита, у коме нема речи Љубав, радост, блаженство без којих нема проповеди Спаситеља, вид. текст јеромонаха Јова (Гумеров), *Књига духовних савета*, (ур. Ј. Србуљ), Београд 2007, 549 и 550.

[25] „Сензибилисана етика" брака актуелног ПЗ Србије узајамног поштовања и помагања (може да) карактерише и, рецимо, еснафско удружење или политичку странку или комшилук (поштовање и помагање), док је став ЗБПО Србије истинит: не само по нашем мишљењу, љубав је крунска емоција брака. Песник и „колега правник" Јован Дучић вели да младост и љубав јесу живот и да је љубав највиши продукт културе: што је виша култура једног народа, то је и љубав комплекснија, вид. Јован Дучић, *Благо цара Радована*, Београд 1988, 67 68.

[26] Брак је неразведљив (*indissolubile*) све док одговара етичком, религиозно јуридичком циљу. Само смрт брак разводи, физичка или морална, религиозна смрт, када се само констатује тужни чин: да је брак Богом растављен, вид. Никодим Милаш, *Православно Црквено право*, Мостар 1902, 669.

[27] Вид. Макарије (1898), 304 306. Оснивач Свете тајне брака у беседи с фарисејима о нераскидљивости брака рекао је: „нико не може уништити брак, нити својевољно отерати жену своју, осим случаја ако би нарушила верност супрушку". У црквеној литератури прељуба је схватана плотски и духовно. На пример, идолослужење је неверност, среброљубе је неверност, па је и среброљубе прељуба. „Несугласност и непослушност брачника води к пороку мржњи и раздору, а ово опет води к неверству, а неверство к разводу брака најнесрећнијем, најопаснијем и најклизавијем путу у човечијем животу", вид. Н. Ружичић (1880), 178,180, 188. О браку заувек и нараскидивом пише и епископ Александар Милеант, „Тајна брака Богом благословени савез, школа врлине", *Да двоје једно буду*, 15 и даље. Брачна љубав је саборно узрастање и стицање предукуса Вечног, вид. Амфилохије Радовић, „Радост родног живота или проклетство разврата", *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност,* (ур. Владимир Димитријевић, Јован Србуљ), Београд, 2006, 8, 9.

Старањем за бесмртну душу не одричемо се старања за историјско биће, опредељењем за непролазно не отказујемо пролазно, вид. патријарх Павле, *Будимо људи,* (ур. Јован Јањић), Београд 2010, 74. Недопустиво је манихејско гнушање над несавршеношћу овог света, јер хришћанин треба да све посматра у есхатолошкој светлости, вид. Александар Агађаниан, „Пробој у модерност, апологија традиционализма. Поглед руског православља на друштво и културу из компаративне перспективе", *Могућности и домети социјалног учења правосавља и Православне цркве*,

јединствен: све најважније у животу је непоновљиво, неподобно за репризу, реплику, дуалитет. Сестра св. Григорија Нисијског, св. Макрина, рекла је: „брак је по својој природи један, као што је једно рођење и једна смрт“. Свето писмо дозвољава понављање брака само за световњаке,[28] и то онима који су на „ниском моралном нивоу, тј. код којих на првом месту не стоје духовне, него физичке тежње“.[29]

Следствено тужној фактографији развода световног брака, умесно је поставити питање ползе овог духовног инструментаријума. Већ смо наговестили да ћемо духовни брак посматрати с аспекта вредности кенозе и епектазе, љубави и есхатологије.

2. КЕНОЗА И ЕПЕКТАЗА

Према чл. 69 *Брачних правила Српске православне цркве*, оба брачна друга обавезна су подједнако на међусобну љубав, верност и помоћ; на међусобно праштање и заједничко подношење свих тегоба насталих у браку... Емотивна/психолошка, духовна и морална архитектура световног/лаичког брака сведочи о одсуству идеал-типског супстрата, о нееволутивној, статичкој концепцији/стању постигнутом већ у тренутку (техницистички дефинисаном) „склапања“ брака, без иманентне дијалектике прегнућа, без пута духовно/моралног раста и уздизања, без тежње ка откривању и освајању врлине и борбе за Лепоту Апсолута и Смисла.

(ур. Д. Б. Ђорђевић, М. Јовановић), Београд 2010, 238,239. Целомудреност је оно што чува човеков дух од утапања у тело, то је мудрост ума и морала, здравље ума и душе, безгрешно стање, а по св. Јовану Златоустом, целомудреност је и супружничка верност, вид. Гермоген Шимановски, „Полност и целомудреност“, *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност*, (ур. Владимир Димитријевић, Јован Србуљ), Београд, 2006, 19. Блуд упропашћује све силе тела и душе, унаказује боголикост човека. Блуд се кажњава строже од јереси, вид. свети Јован Лествичник, *Лествица*, Хиландар 2003, 105. Једна руска пословица о молитви за вечити/нераскидиви брак каже: „Дај Боже, с ким се венчао, с тим и скончао“, вид. *Доброе слово,* Москва 2010, 239.

[28] Прељуба разара саму мистичку суштину брака: показује уништеност љубави. Света тајна је изнад закона: Брат и сестра (супружници) нису ропски везани, каже св. Павле (1. Корин. 7, 12 16), тј. „Боље је раскинути брак него пропасти“ (св. Јован Златоусти), јер „спасење је за оне који га желе“ (св. Григорије), вид. Павле Евдокимов, „Брачна љубав и развод“, *Православни брак и породица Света тајна брачне љубави,* Цетиње 2000, 288, 289.

[29] Црква је у „старо време“ забрањивала другобрачнима венчање, тј. присуство свештеника брачној гозби. Касније, дозволивши обред освештања поновних бракова, тај обред је личио на обред кајања, уз обавезну епитимију. О немогућности другог брака свештеницима и о рашчињењу клирика који би били двобрачни, вид. С. Троицки (2011), 341. За другобрачне и трећебрачне епитимија је била од једне до пет година, и такви морају да буду „плачући“ годину дана, „слушајући“ две године, „метанишући“ три године (Васељенски сабор, канон 87), вид. П. Евдокимов, 289.

Насупрот овом јесте концепт духовног брака. Концепт чији је темељ и врх Светотајност, коме је иманентно прегнуће ка разумевању и освајању врлине, незадовољност тренутним, постигнутим, људским, већ тежња ка Божанском мерилу и Божјем суду. Концепт који се не утапа у демократску униформност, већ тежи моралној аристократији, аристократији доступној не свима, већ свакоме (Н. Берђајев).

Православна лексика ове одлике духовног брака може формулом да се искаже тако да је црквени брак (и) брак епектазе и кенозе.

Епектаза (пружање, пењање) је учење по коме душа, Богом привучена, јесте у непрестаном кретању навише ка вишим степенима пуноће благодати. То пењање јесте одушевљење Богом које божански ерос упечаћује као динамички елеменат у човеково биће. Оно претпоставља стално ослобађање од страсти, духовно узрастање ка пуноћи Христовој (Еф. 4,13).

Епектаза значи напредовање у врлини, јер хришћанин никад не треба да се одриче онога што је добио, него треба да продужи оно што је започео. Човек је стремљење према пуноти, „двојица који стреме ка Тројици“.[30]

Епектаза не може без кенозе. Кеноза је стање унижења или испражњења које Син Божији прихвата као акт послушности према Оцу: „Који будући у обличју Божијем, није сматрао за отимање то што је једнак с Богом; него је себе понизио узевши обличје слуге, постао истовјетан људима, и изгледом се нађе као човјек; унизио је себе и био послушан до смрти, и то до смрти на крсту“ (Филип. 2, 6–8). Кеноза је узор хришћанске смирености,[31] врлине коју ђаво највише мрзи, будући да је супротна гордости и славољубљу.

Ништа није немогуће. И тзв. неспојивост нарави је „измишљотина правника“: нема неспојивих ћуди и све се може – кад се хоће.[32]

[30] Пол је символ актуелне, тренутне непотпуности, али је истовремено и тежња ка другом, ка животу. Пол је и раздељујућа и сједињујућа реалност, вид. свештеник В. Шмалиј, „Православна антропологија пола“, *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савременом свету* (2007), 600.

[31] Као једну од особина заљубљености, не љубави, руски свештеник Илија Шугајев помиње и ватреност осећања. Гогољ је, као православац, познавао један духовни закон: дубина и снага осећања нимало не зависе од силине њиховог испољавања. О томе сведочи и приповетка *Старовременски велепоседници*, у којој један младић, изгубивши своју дивну девојку, два пута покушава самоубиство, а годину дана након тога, срећан се карта поред своје нове супруге. Време лечи и најјаче страсти, али време не утиче на љубав (пример Атанасија Ивановича), вид. свештеник Илија Шугајев, „Православни брак за почетнике, Младима о љубави и породици“, *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савременом свету* (2007), 27 и даље.

[32] Пол Турније, „Више разумевања у браку“, *Православни брак и породица Света тајна брачне љубави* Цетиње 2000, 265 и даље.

И привидна фарисејска немогућност још снажније показује важност/нужног духовног компаса. Троицки каже да се не треба одрећи компаса, јер ниједна лађа не плови по апсолутно правој линији.[33] Развод је једна од највећих трагедија човека и друштва. Развод је и последица недостатка у црквеном/верском васпитавању и формализма статуса хришћана.[34]

Скицираћемо, најпре, неке елементе несавршености/*болести*, тј. рђаве архитектуре модерног брака, односно брачника.

Грех је злоупотреба слободе. Грех је покушај да се живи без Бога и побуна против Бога. Узрок греха је у лошој аксиологији: погрешној вредносној оријентацији. Окренутост привиду, привидном добру, тренутном задовољству, плот која се одриче божије благодети... Страстан човек је рањив, непостојан, раздражљив. Модерним човеком доминира осећај празнине, бесмисла, доживљај мање вредности, безосећајност, опијајућа наслада која тражи све веће дозе и нужно узрокује све веће очајање. Средином прошлог столећа бројније су тзв. егзистенцијалне неурозе које означавају губитак смисла живота. Око 20% Европљана има ову неурозу.[35]

Грех је смрт. Свето писмо каже: „Свакога искушава сопствена жеља... жеља затрудневши рађа грех, а грех учињен рађа смрт" (Јаков. 1, 14–15). Стид обуздава страсти. На Аничковом мосту у Петрограду постоји Клотова скулптура где јахачи обуздавају коње, тј. где свест и воља обуздавају инстинкте.[36] Ипак: без смрти нема Васкрса/Вечног живота, без Мојковца нема Кајмакчалана, тако ни без греха нема врлине.[37]

Стремљења ка моћи и надмоћи су само имагинације, фикције. „Успех" у самољубљу[38] и славољубљу има фаталан исход: гордост, лу-

---

33 Сергије Викторович Троицки, „Чистота и нечистота полног живота у браку", *Православни брак и породица Света тајна брачне љубави,* Цетиње 2000, 211.

34 Митр. Антоније Блум, „Брак и породица", *Православни брак и породица Света тајна брачне љубави* Цетиње 2000, 278 280; Митр. Антоније Блум, „Рећи неком 'Волим те' значи рећи му 'Ти никад нећеш умрети',„ *Да двоје буду једно православни брак и породица у савременом свету* (2007), 432.

35 Митрополит Навпакта Јеротеј (Влахос), *Православна психотерапија На ука Светих отаца,* Београд 2010, 497 и даље.

36 Вид. Тамара Александровна Флоренска, „Свештена заједница Хришћанска психологија брака", *Да двоје једно буду* (2007), 472 и даље.

37 О прељуби мушкарца, која механизмом гриже савести, снажи љубав и увећава духовност, вид. *Између љубави и себичности* (ур. Ј. Србуљ, В. Димитријевић), Београд 2005, 83.

38 Нишчи духом или скрушени су најбољи умови. То је самосвест о свом ништавилу пред величанством Божјим. Њутн је нишчи духом када је признао да је његово незнање бескрајно веће од његовог знања, вид. Владика Николај (2007), 90.

дило, самоубиство или религиозни преображај, сматра Достојевски, а понавља Јеротић.[39] Вредност православља[40] је у сазнавању слабости и маленкости човека, насупрот надуваној уображености, гордости човека Запада.[41] Жеља/фиксација да се буде увек у праву је свеза два греха: самољубља и себељубља. Стара јеврејска пословица каже да није мудро увек бити у праву.

Жеља за поседовањем човека или имовине не усрећује. Рилке пева: „Не мораш да стрепиш Боже, они кажу моје – свим стварима које су стрпљиве. Они су као ветар који окрзне гране и каже: моје дрво... И тако кажу: мој живот, моја жена, моје дете, мој пас...“.[42]

Нестрпљивост је грех/некорисна особина. Нестрпљивост је доминантија код сангвиничног и колеричног темперамента.[43] Бог је стрпљив, а ђаво је нестрпљив (*Omnis festinatio ex parte diaboli est* – Свако нестрпљење долази од ђавола). Карл Густав Јунг је рекао хришћанску истину: „Ђавола је најбоље туђи стрпљењем, јер га он уопште нема“.[44]

Смисао животних невоља јесте да су то искушења ради подвизавања у трпељивости.[45] „Ко претрпи до краја тај ће се спасти“ (Мт. 10, 22). Владика Николај каже да ко нема стрпљења с нама када грешимо, не воли нас. Не воли нас ни онај ко нам не прашта кад се кајемо за грехе. Најмање нас воли онај ко се не радује нашој поправци. Стрпљење, праштање и радост[46] су три главне особине божанске, сваке праве љубави. Човек је као покретни мајдан, а у мајдане се мора дубоко ронити да би се дошло до најдрагоценијег.[47] О нестрпљењу као „васпитном“, модерном маниру *fast* задовољења потреба детета које се транспонују и као брачни манир који „ефикасно убрзава и охрабрује идеју развода“, писали су и други аутори.[48] Лоша брачна

[39] Вид. В. Јеротић (1992), 103.

[40] О Православљу као *Una Sancta* вид. Павел Евдокимов, *Православље*, Београд 2009, 356.

[41] Владета Јеротић, *Духовни разговори*, Београд 2004, 75.

[42] В. Јеротић (1992), 42.

[43] О различитом биопсихолошком динамизму нагона и разума, вид. Анджеј М. Лобачевски, *Политичка понерологија Научна студија о природи зла прилагођеног за политичке сврхе,* Београд 2011, 59.

[44] Вид. Владета Јеротић, *Само дела љубави остају*, Београд 2006, 183 188.

[45] Невоља гради трпљење, а трпљење искуство, а искуство наду; а нада не постиђује, тј. корисна је, вид. свештеник Сергеј Николајев, „Развод и усамљеност“, *Књига духовних савета*, (ур. Јован Србуљ), Београд 2007, 384.

[46] О врлини ведрине ума, радости, смеху, вид. А. Шопенхауер, *О животној мудрости*, Београд, 1987, 20.

[47] Вид. Владика Николај (2007), 66, 70.

[48] Вид. Дејан Мицковић, *Семејството во Европа*, Скопље, 2008, 250.

комуникација је главна жалба брачника у брачним саветовалиштима.[49] Општење је и слушање и разумевање и заједничарење са Другим. Најбољи разговор је ћутање/молитва. Епископ К. Вер каже да кад престанемо да говоримо слушамо глас Божији.[50]

Језик истине је као музика, временски и просторно универзалан. У тексту оца Јустина *Многи се исповедају али мало њих се каје*, каже се о хуманизму: „Један други проблем нашег времена јесте да се човек морбидно и непотребно ослања на логику, интелект, знање... Свети Симеон нови богослов каже да онај који верује да није пао ни у један грех доживео је највећи пад и налази се у заблуди – греху највећем од свих... По Светим оцима највеће од свих зала јесте понос. У складу с речима св. Јована Лествичника, то је мајка свих страсти, од којих су прве таштина и самооправдавање. Понос је облик порицања Бога и манифестује се као хвалисавост, дрскост, тврдоглавост, мегаломанија, самољубљивост, похлепа, жеља за вођством...“.

Скицираћемо и неке елементе лечења, тј. „лекарства“ за побољшање/кориговање рђаве архитектуре модерног брака, односно брачника.[51]

Искушење има смисао („Све воденице мељу у Божју корист... и Бог пробуђеним злом буди успавано добро) и под контролом је Бога („Твоје страдање никада не може да пређе меру... Када лончар зна колико треба држати лонац у огњу да се испече а да не прсне, како не би Бог знао меру наших страдања?“.[52]

Разуман човек узрок свог страдања тражи у себи самом, а неразуман у другоме. Човек мрзи онога против кога греши. Кајање је препознат грех. Кајање је корисно, јер казна једном греху је други грех, а награда једној врлини је друга врлина.[53] Права љубав рађа скромност због властитих грехова и узвисује кајањем у жељи за оплемењивањем свог бића. Апостол Јован каже да љубав изгони

[49] *Ibid.*, 265.

[50] Протојереј Џон Мек, „Стварна комуникација мужа и жене у православном браку“, *Да двоје једно буду православни брак и породица у савременом свету,* (ур. Ј. Србуљ, В. Димитријевић), Београд 2007, 506 и даље.

[51] О Св. тајни кајања као спасоносном средству за душу, вид. митрополит московски Макарије (Михаил Петрович Булгаков), *Православно догматичко Богословље*, Београд 1898, 297. Срцем до хармоније ствари, како је певао Рилке, вид. В. Јеротић (1992), 36.

[52] Владика Николај (2002), 56,71.

[53] О Св. тајни кајања као спасоносном средству за душу, вид. митрополит московски Макарије (1898), 297. Срцем до хармоније ствари, како је певао Рилке, вид. В. Јеротић (1992), 36.

страх, и увреду која се заборавља јер се заборавља властито *ја*.[54] Св. Августин каже да је непотребан закон, правда – ако волиш. Ако волиш онда се опрости и не чини се зло. Љубав је изнад закона, изнад морала, садржи их и надилази их. Владика Николај вели: „Љубав је сама по себи врховни закон... Шта ће љубави закон када љубав не греши... а закони се пишу за оне који греше? И шта ће љубави заповести кад их она извршује и пре него их чује?... Љубав служи свом ближњем и полаже живот за друге“.[55]

Док је у паганском доминантна осветољубивост, опроштај је нужан у хришћанству. Непрекидни опроштај. Када су апостоли питали Христа да ли да̂ опросте до седам пута, Христос одговара: седам пута седамдесет.[56] Лобачевски сматра да је опроштај, тај стари закон мудрих владара, ефикаснији од сваке казне. Законска регулатива је застарела и не подудара се с биофизиолошком стварношћу. Опраштање нас доводи у стање интелектуалне дисциплине, реда и олакшава контролу осветништва наших нагона и штити ум од илузије морализовања психопатолошких појава.[57] Бројне руске пословице казују о смислу/ползи праштања (Теже је оном ко памти зло; Гневити се – дело човека, злопамтити – дело ђавола; Зао човек не проводи добро свој век...[58]). Праштање је духовна релаксација, не и морална заборавност, на овом свету, а и пролог пута ка Новом свету (Нека им господ подари по њиховом срцу) – вели архимандрит Ј. Влахос[59].

Није битно само сазнање, већ и одлучност, истрајност воље. Једна римска пословица вели: *Video meliora proboque, deteriora sequor* (Видим шта је боље, али идем за горим).[60] Чавошки каже: „Једна од учесталих људских мана јесте акратија – немоћ или слабост воље, односно помањкање владања самим собом. Људи које је обузела таква немоћ по правилу исправно расуђују, али због слабости воље нису кадри да, сходно том расуђивању, и исправно поступају. Поред рђавог карактера, односно лоших особина срца и душе, слабост воље је најчешћи узрок недостојних и нечасних поступака“.[61]

---

[54] В. Јеротић (2006), 249.

[55] Владика Николај (2007), 65.66.

[56] Владета Јеротић, *Агапе I*, Београд 2009, 138.

[57] А. Лобачевски (2011), 272, 275.

[58] *Доброе слово в пословицах и поговорках*, Москва 2010, 157.

[59] Митрополит Навпакта Јеротеј (Влахос), *Православна психотерапија На ука Светих отаца,* Београд 2010, 17.

[60] В. Јеротић (2006), 103.

[61] Коста Чавошки, „Акратија Уставног суда“, *Печат лист слободне Србије* од 20.1.2011.

Осим снаге воље, потребно је и трајање те снажне воље. Потребна је кондиција племените воље. О тој кондицији врлине,[62] укрепљене вером, сведочи и прича о мужу који је спасавао своју супругу од реприза греха.[63] Маршал Петен, јунак из Првог светског рата, није имао патриотску кондицију и у Другом. Некада је за врлину потребан и известан квантум разума, а не „кијање духа", како би Гете рекао за слаб интелектуални покушај.

Подвизништво јесте одрицање од своје воље, од неопходности света или природе. Слобода ослобађа личност од сваког ограничења,[64] чинећи је саборном и свеобухватном. Сама слобода бирања је последица греха, јер онај ко је савршен непосредно и нужно следи добро, он је с оне стране избора. Антоније Велики говори о три воље у човеку: воље Божије као спасоносне теономије коју човек слободно прихвата; воље човека, његове аутономије која је несавршена и непостојана и демонске воље – хетерономије. Бог не наређује, него позива: то је етика пријатеља, не однос најамника или слуге. Бог се сједињује само са боговима, каже свети Симеон. Ипостасни темељ човека јесте његова вертикална димензија: раст ка пуноти Божијег благослова.[65]

Срце је огњиште нашег духовног живота. Продуховити се значи благоукрасити/уцеломудрити своје срце.[66] Зато подвижник мора укротити гордост ума и похотност трбуха. Подсећамо на занимљив „онтолошки парадокс": онај ко искључиво тежи уживању никада га неће постићи, онај ко се оријентише на успех осуђује себе на разочарање.[67] Афористички казано: ко погоди циљ, промаши све остало.

Пут Јунгове индивидуације је пут хришћанског обожења: еикона, метаноја, апатхеа, просветљења и тхеосиса, брисања солипсизма и полазак на пут тражења Бога.[68]

---

[62] Крај суди почетку, вид. свети Николај Жички, „Писма породичним људима", *Православни брак и породица* (2000), 376.

[63] Василис Мустакис, „Никола Букис и његова жена", *Православни брак и породица* (2000), 418 и даље.

[64] О епектази, црквеном брачном подвизништву као аскетском уличносњењу (уипостасењу), вид. Матеј Арсенијевић, „Православни брак пут ка спасењу", *Православни брак и породица* (2000), 17.

[65] П. Евдокимов (2009), 74 79.

[66] Отац Павле Флоренски, „Дух и плот", *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност* (2006), 12, 13.

[67] Аљосја Николајевна, „Здравље нације као сотириолошки проблем", *Између љубави и себичности како васпитавати дете у савременом свету*, (ур. В. Димитријевић, Ј. Србуљ), Београд 2005, 559.

[68] Жељко Симић, *Јунг и хришћанство*, Београд, 2011, 570 и даље.

3. ЉУБАВ

„Брак је света тајна љубави“ (св. Јован Златоусти).[69] Љубав је почетак,[70] мотив,[71] савезник[72] и врхунац епектазе.[73] Љубав је подвижничко очишћење и радосни пристанак на жртву/страдање.[74] Љубав аболира грех.[75] Ми смо Породично право дефинисали као предмет о правним последицама љубави. Таква дефиниција није дата у лирском заносу, већ је једноставно математичком логиком доказива.[76]

„Ко је нашао жену, нашао је добро и љубав од Господа“, каже се у *Причама Сол. 18, 22.* У Новом завету, сједињење мужа и жене

[69] П. Евдокимов (2009), 312.

[70] Љубав је почетак света (свега) и човека. Као почетак света, духовна енергија је прародитељка свих облика енергије и енергија љубави је Логосом божијим дат почетак свему, вид. М. Медведев, Т. Калашњикова, „О аналитичкој психологији Карла Јунга“, *Православна психотерапија*, (ур. Митрополит Ј. Влахос), Београд 2010, 548. Као почетак људскости, Љубав је огањ који сагорева егоизам, вид. Владика Николај (2007), 67.

[71] На питање ко може да прими од Бога дар љубави, један духовник каже да то може само онај ко види свог брата у греху и од свег срца замоли Бога да га спасе. Љубити треба и наше непријатеље, јер су они „велики помоћници у нашем духовном напредовању“, вид. В. Јеротић (2004), 33, 34. У духу контрадикције, управо нам непријатељи чине највећу услугу, јер нас мотивишу да активирамо своје таленте, потенцијале и да радом побољшамо себе. Иако то није била њихова жеља, то је објективно финале њихове зле намере. Парадокс вредан за живот: некада зла намера нам објективно више помогне, него пријатељско повлађивање које нас не усавршава. Владика Николај вели да су наши непријатељи наши пријатељи јер то што нас узнемиравају и притешњују наш спољашњи живот чине да се повучемо у себе и нађемо своју душу, вид. Владика Николај (2007), 89.

[72] Да би крочили брже ка бољем ... треба се наоружати стрпљењем, научити праштати и љубити ближњега свога. Породица да буде извор љубави... таква љубав помоћи ће да лакше поднесемо све невоље, каже патријарх Павле, вид. патријарх Павле, 52, 194.

[73] Без љубави нема науке. Ученост без љубави према Богу јесте дух злочина и рата. Све империје засноване на људским правима и на сили пропале су и морају пропасти. Будућност припада империји светог апостола Павла, јер је она заснована на љубави и служењу. Без љубави нема ни правне науке: Где год се може грешник поправити топлином љубави, тамо не треба употребљавати хладноћу казне и критике, вид. Владика Николај (2007), 67, 68.

[74] П. Евдокимов, (2000), 287 .

[75] „Љубав покрива мноштво грехова“ (1. Петр. 4, 8). Хришћанска љубав је љубав према човеку и грешнику, а не према греху. Толеранција греха је антипод хришћанске љубави. Апостол Павле каже да грешника исправљамо у духу кроткости (Гал. 6, 1), па и ако нам грешник постане непријатељ, Бог ће нам постати пријатељ, јер онај који обрати грешника са пута заблуде, спасиће душу од смрти и покриће мноштво грехова (Јак. 5,19 20), вид. Ирина Медведева, Татјана Шишова, „Љубав или равнодушност како се односити према ближњем“, *Православна психотерапија,* (ур. Митрополит Јеротеј Влахос), Београд 2010, 589 и даље.

[76] Вид. Слободан Панов, *Породично право,* Београд 2010, 242.

у *тајни брака* има друге димензије. За св. Апостола Павла, „тајна је ово велика“ (Еф. 5, 32), због тога што за начело и узор „има заједницу љубави[77] између Христа и Цркве“. *„*Мужеви, волите своје жене као што Христос заволе Цркву и себе предаде за њу“. (Еф. 5, 25).

У нашем уџбенику навели смо различите ставове о љубави. Врхунски (не)таленат за дефинисање љубави показује Спиноза: *Amor est titillatio*, *concomitante idea causae externae* (Љубав је надраживање праћено појмом спољњег узрока). Шопенхауер закључује да нема претходнике које може да користи или да им опонира у размишљању о љубави и сексу. Ниче сматра да су филозофи осећали аутентичан бес према сензуалности која се тиче љубави и брака и каже да филозоф презире брак као препреку путу ка савршенству. Хераклит, Платон, Декарт, Спиноза, Лајбниц, Кант, Шопенхауер и други велики филозофи нису били ожењени. Ипак, (филозофска) времена се мењају: од 1977. године активно је Међународно друштво за филозофију секса и љубави.[78]

Иронични су љубав дефинисали као лаку психичку болест (зато у старој Грчкој заљубљени нису били подобни да сведоче) која се лечи браком (А. Бачволд), а поетични као дух и дах живота.

Осим става да је љубав дах и дух Живота/Смисла, сматрамо да је љубав и целомудрено, радосно жртвовање, жртвовање/самопоништење,[79] којим се личност богати Смислом.[80]

У песничкој визури љубав је тајна и ћутање. Према Алекси Шантићу „истинска љубав за речи не зна, она само пламти силна неопрезна, нити мари драга да стихове пише“. Љубав је ћутање, најдубље ћутање, ћутање пред лепотом, безмолвије душе, света и најлепша тајна, јер свет без тајни и не може да постоји.[81]

---

[77] Грехопад је грешка ума који је одбио истински добро и одабрао сенку до бра, илузију добра. Ипак, и у стању палости човек има способност да воли. Брак је институционализација љубавног потенцијала, тј. потенцијала за љубав мушкарца и жене, вид. свештеник В. Шмалиј, *Православна антропологија пола*, *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савременом свету* (2007), 602, 603.

[78] Вид. Игор Приморац, *Етика и секс*, Београд 2007, 17 23, опширније С. Панов (2010), 44.

[79] Љубавни осећај гласи: ЈА САМ МИ. Стога изјава „љубави“ Ја те волим, није изјава љубави у којој не постоје одвојеност ЈА и ТИ. Љубав почиње са МИ, вид. свештеник И. Шугајев, (2007), 42.

[80] Момо Капор каже да је наше само оно што смо даривали другима. Љубав се дељењем множи, Љубав се давањем увећава. Што је више дајете, више је има те, вели патријарх Павле (2010), 159. Љубав је благодат којим превазилазимо грех самољубља. Љубав човека чини целомудреним, вид. П. Евдокимов (2009), 312.

[81] Митрополит Антоније Блум, *„*Рећи неком Волим те значи рећи му Ти ни када нећеш умрети“, *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савреме ном (*2007), 389 391.

Врлина тражи жртву, жртву унутар Ја. Пут врлине је пут у вечност, то је пут Христа, и Сократа, Светог Саве, кнеза Лазара, Обилића и њиховог духовног потомства, каже Антић.[82]

Љубав је радосна жртва.[83] И целомудрена жртва.[84]

Онтологија Љубави је Апсолутност и Атемпоралност. У одличном педагошком тексту, руски свештеник Илија Шугајев каже да је прва особина љубави вечност.[85] И истински брак мора бити вечан. Следећа особина љубави је апсолутност. Док се заљубљујемо због нечега, љубимо без разлога, без услова. Муж и жена су једно тело, апсолутно сједињени, њихов степен сродства (правно-метафорично) је бесконачно близак-нулти. Аутор износи занимљиву тезу. Да ниједан брак није, нити може да буде закључен из љубави.[86] Због чега? Љубав је јединство двоје људи које се рађа и гаји у браку током 10–15 година заједничког живота.[87] Другачије казано, љубав се само ретроактивно доказује. Љубав није прокламација, завет за будућност. Љубав је радосна будућност која се живи сада. Осим што отклања осећај тока времена, љубав отклања и *идеју* развода брака.

Каква је „корист“ од љубави? Љубав изгони страх (Прва Јованова Посланица), отклања зависност и самодовољност, стварајући емпатију према свима; нужност и слобода постају једно, право и

[82] Вид. Оливер Антић, „Сумрак права“, *Годишњак Правног факултета у Ис точном Сарајеву* 1/2010, 11 12.

[83] Жртва се у теологији разуме на следећи начин: Живот Христов, Његова личност и служба, дакле, а не само један делимични моменат из историје Спасења, сматра се као чин жртвовања. Погубљење Исуса је било веома понижавајуће, резер висано само за робове, не и за римске грађане. Крст показује потпуно потцењивање и мучење, најстрашније и најокрутније. Поред свега тога, Он је сам понудио Свој живот. Зато Његова жртва није казнена смрт или присилно погубљење, него слобод ни принос. Он доживљава Своју смрт. Он је могао да је избегне, али ју је прихва тио да би је коначно уништио. Иако без греха, Исус Христос остаје узор духовног жртвовања, јер као Онај који је у свему искушан, Једини зна колико је велика сла бост нашега духа и тела и колико је моћан и лукав наш непријатељ који ходи као лав, тражећи да некога прогута (вид. *www. православље*).

[84] Почетак и венац премудрености је страх Господњи, вид. Гермоген Ши мановски, „Полност и целомудреност“, *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност* (2006), 66. Брак је образац хришћанске моралности, љубави, жртвене љубави, спремности да се живи и *са и за,* вид. свештеник В. Шмалиј, „Православна антропологија пола“, *Да двоје буду једно, Православни брак и поро дица у савременом свету* (2007), 613. О браку као (и) жртви и о жртви као услову постигнућа, вид. В. Јеротић (2009), 86.

[85] О брачној љубави во вјек вјекова, вид. Н. Милаш (1902), 613.

[86] У разговору са студентима, студент из Индије каже да се женик и неве ста не познају пре свадбе. Руска студенткиња пита: А љубав? Одговор: Код вас је љубав пре свадбе, а код нас после, вид. Тамара Александровна Флоренска, „Свеш тена заједница, Хришћанска психологија брака, Симболи брачног савеза“, *Да двоје буду једно, Православни брак и породица у савременом* (2007), 478.

[87] Вид. свештеник И. Шугајев, (2007), 24 36.

дужност постају једно и све је радосно лако.[88] Како каже Есхил: „Оно што је божанско без напора је“.[89] „Где је љубав, тамо је Бог, а где је Бог – тамо је све добро“, поучавао је младенце св. Јован Кронштатски.[90]

4. ЕСХАТОЛОГИЈА БРАКА

Есхатологија[91] (грчки: *последњи, коначни*) јесте учење о последњим стварностима Спасења, о васпостављању Царства божијег или вечнога живота као крајњег стања/циља/смисла Христовог дела искупљења за грехе човека. Есхатологија јесте нови поредак егзистенције, стање крајњег преображења, с оне стране историје, стање које је предмет молитве и хришћанске наде: „Да дође Царство твоје“ (Мт. 6, 10). То стање је већ и сада овде присутно и оно се сукобљава са садашњом реалном историјом: „Царство божије је унутра у вама“ (Лк. 17, 21).

Историја није само прошлост, сећање, него стварни предукус вечности. Патријарх Павле вели да за Бога и створена бића не постоји време, већ постоји само вечита садашњост.[92] Историја и есхатологија формирају јединствену стварност у икономији Спасења. Есхатолошка нада претпоставља остварење обећања Царства небеског, а не „страшно очекивање суда“ (Јевр. 10, 27).

Јустин Поповић пише: „Шта је то што је непромењиво и бесмртно у овом смртном свету?... Опште је прихваћено да су идеје добра, на којима је заснован и морални закон, као и већина друштвених закона, нешто што је непролазно, истинито. На основу њих

[88] И оно што је немогуће, љубав чини радосно лаким. О томе сведочи и мит о Психи и Амору, вид. Драгослав Срејовић, Александрина Цермановић, *Речник грчке и римске митологије*, Београд 2004.

[89] Вид. В. Јеротић (2006), 240.

[90] Епископ Александар Милеант, „Тајна брака“, *Да двоје једно буду* (2007), 18. О томе да супружници међусобно „чине љубав“, вид. Н. Милаш (1902), 665.

[91] „Вријеме земно и судбина људска два су образа највише лудости“, пева Његош. Два су временска круга. Пролазност која ничему не даје смисао и све униш тава: као цвет, и дим, и јутарња роса... све сласти и славе овога живота су таштина и трулеж (као честитка четворогодишње „*неовисности“ овисника*). И Вечност: време у коме нема смрти, време у коме нема времена. Говорећи у Цркви Александра Не вског (подигнутој на месту где је био шатор црква руских добровољаца 1878. годи не), високопреосвештени подсећа да „Блажени прогнани правде ради, јер је Њихово царство небеско и подсећа да Бог није са многобројнима, него са праведнима и да Бог није у сили него у правди“, вид. митрополит Амфилохије (Радовић), *Часни крст христов и Косовски завјет предавања, есеји и бесједе*, Београд Цетиње 2011, 28 и даље, 197 201.

[92] Вид. В. Јеротић (2009), 12.

се најчешће оцењују људи и њихова дела. Оцењивање личности на основу моралног понашања подразумева да је та оцена заснована на вечним идејама добра и зла. У тим вечним идејама које се налазе изван људи и историје и чине основ постојања је истина, док је све друго само декаденција те истине... Поука за савременике, из оваквог виђења истине, значи подражавање вечних идеја, понављање онога из прошлости. Међутим, конкретне личности виђене из ове перспективе само су феномени који пролазе. Иако остају у памћењу, они реално не постоје и неће више никад постојати. Једино што остаје то је оно што су чинили у сагласности са вечним идејама добра и зла“.[93]

По рабинској мудрости (Зохар, I), Божја благодат је давана незнабошцима кроз брачну љубав. Преобративши на свадби у Кани Галилејској воду у вину, Исус је, како вели св. Јован Златоусти, преобразио бруталну страст у племенито вино љубави. Адам и Ева, та људска дијада одражава мноштво у Бога, који, иако је Један, каже „ми“ (1. Мојс. 1, 26). Сједињени у браку, муж и жена нису слика ничег земаљског, већ самог Бога,[94] вели св. Јован Златоусти. Само љубав може од два бића да направи једно (дволичносна једнобитијност), сматра Јован Дамаскин. Брак је истински подвиг[95] ослобођен свих историјских профанација. Брак је пунота љубави и јединства која се не прекида смрћу, већ траје у вечност.[96] Брак је слика будућег века.[97]

У ранијим радовима писали смо о хришћанској визури брака.[98] Христос, на питање када ће доћи Царство божије,[99] одговара: „Царство Божије је већ дошло тамо где двоје више није двоје, него једно“.[100]

---

93 Јустин Поповић, „Житије св. Симеона“, *www. православље*. Тражити одговор на смисао људског живота, по Ајнштајну, значи бити религиозан. Бог је сведок, особе/људи нису. Битно је да нас Бог призна за слуге, а признање човека је неважно, В. Јеротић (2009), 11, 16.

94 Царство небеско је од највиших вредности. Када је у нашој души вера, нада, љубав, стид и чистота онда је царство небеско у нама. Када је међу нама ми лост, добра воља и слога, онда је царство небеско међу нама, вид. Владика Николај (2007), 164.

95 То сведочи и руска пословица: Ко иде у рат моли се једном, ко иде на море моли се двапут, ко се жени моли се трипут, вид. *Доброе слово* (2011), 270.

96 Протопрезвитер Антоније А. Алевизопулос, „Благодат брака“, *Да двоје једно буду*, (2007), 10, 13.

97 Вид. детаљније П. Евдокимов (2009), 309 314.

98 Вид. С. Панов (2010), 49 51.

99 После Христовог царства благодати долази вечно Божје царство, вечни жи вот, вечно спасење, вечно наслеђе, неувели венац славе, вид. арх. Макарије (1898), 352 361.

100 Митрополит Антоније Блум (2007), 403. Свети Климент каже да је Исус на ово питање одговорио: „Када двоје постану једно и када споља буде као изнутра и када мушко и женско сједињени не буду ни мушко ни женско“.

Смисао брака није ни у телесном уживању, ни у друштвеној стабилности, ни у рађању потомства, већ у есхатону – Царству божијем. Смисао љубави није у рађању деце, јер љубав не тражи никакво оправдање. По св. Василију, брачна заједница јесте пунота по себи, а деца су могући прилог брака. Циљ брака је обожење.[101]

Зато је црквени брак „мала црква“[102] (микроеклисија) и „мало царство“ (микровасилија) и почетак преображења ка есхатону.[103]

У својој првозданој, претпадној Лепоти, Божја замисао је да је човек налик анђелу и да се, као анђели, умножава без нужности постојања женског пола. Есхатолошко обличје човека биће без разлика у полу („Нема више мушког ни женског јер сте ви сви један у Христу Исусу“ – Гал. 3, 28), облику, стасу. Све разлике биће поништене и људи ће као анђели бити једнообразни, истиче Атанасије Велики. Брак је последица пада/смрти,[104] па „о васкрсењу нити се жене нити се удају, него су као Анђели божји на небу“ (Мат. 22, 30). После пада човекова биолошка ипостас је понижавајуће подобна животињској, а човек је по Божјој милости и самовласности-могућности избора-сроднији анђелима. Адам је био у стању да може да не сагреши (*non posse peccare*), са изгледима да се уздигне до стања да не може да сагреши (*posse non peccare*).[105]

Брак је чин вере, наде и љубави, закорачење ка небоземном ризику и драми, добијање Смисла за себе кроз другога („ја сам онај који јесам тобом“), даривање другом брачнику и своје прошлости и своје будућности: спасење брачника је могуће једино заједно.[106] Брачници су Новалиси (позвани у нову земљу, ново Царство божије). Ако љубе – слободна им је воља (бл. Августин). Берђајев каже да смо, не од гордог Прометеја, не од Моноовог слепог случаја или

101 Протојереј Јован Мајендорф, „Брак као Света тајна“, *Православни брак и породица* (2000), 113,114.

102 И породица је мала Црква, а Црква је велика породица, вид. свештеник В. Шмалиј (2007), 611. Када се муж и жена кроз брак сједине...као да нису више ништа земаљско, него су као икона самога Бога, каже св. Јован Златоуст. Брак се назива кућом божјом и у хришћанском браку се „венчавају“ троје: супружници међусобно и обоје са Христом. Брак се закључује „у Господу“, вид. протопрезвитер Антоније Г. Алевизопулос (2007), 10.

103 Матеј Арсенијевић, „Православни брак пут ка спасењу“, *Православни брак и породица Света тајна брачне љубави,* Цетиње 2000, 11 15.

104 Брак је „постпадни“ феномен, проистекао из греха а претворен у благодат Свету тајну, вид. Панајотис Нелас, „О тајни брака“, *Православни брак и породица* (2000), 122, 123.

105 Митрополит Николај Хаџиниколау, „Полност и спасење човеково особине полова пре и после пада првозданих“, *Мушкарац и жена пред тајном тела Православље и полност*, Београд 2006, 601 608.

106 Матеј Арсенијевић (2000), 27.

Камијевог апсурда, већ од Бога позвани да будемо Бог – да буде осми дан стварања[107].

Световни/лаички брак не садржи као темељ вечност. Особина брака регулисаног законима државе јесте (скривен или изричит) провизоријум. Само одсуство, у законској дефиницији брака, елемента вечности/доживотности заједнице жене и мушкарца указује, у форми негативне дефиниције, на провизоријум. Надаље, аргумент за ефемерност/пролазност световног брака јесте и његово дефинисање у еквидистанци између категорије вечитости и пролазног, у форми *ad hoc* односа (*pl*.). Терминолошка ознака оваквог „међустања" јесте начело трајности брака.[108] Коначно, трећи аргумент за провизоријум световног брака јесте и чињеница фрекфентности развода.

Православна Црква одобрила је по „икономији", тј. по снисходљивости божанској према људским слабостима, развод брака. Развод брака, који је епифеномен брачног провизоријума, јесте тријумф приватне воље и израз „тријумфа слободе избора брачних субјеката".[109] Подсећамо да слобода омогућава избор Добра и избор Зла.

По конзистентности, снази и лепоти архитектуре световног и духовног брака, у његовој естетици и супстанцијалној каквоћи, констатујемо следеће разлике – могућности избора:

– сиромашење или богаћење димензија: субјекта (персона/индивидуа или личност); времена (форсирање дивинизирања садашњости или вечност); вредности (морална равнодушност, пристанак на безбројне репризе „цивилизацијских превара" или ужеженост врлином);
– детронизовање брака или тронизовање Богочовека;
– романтизовање камења или Лепота;
– ирелигијски антропоцентризам или Богољубље;
– срећни робови или Смислена слобода;
– неподношљива лакоћа капитулације или стално прегнуће у радосном песимизму Андрића;

107 В. Јеротић (1992), 5,23. Стварање је алфа усмерено ка омеги у коме је сва ки тренутак времена есхатолошки, вид. П. Евдокимов (2009), 87.

108 Вид. Марко Младеновић, Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2003, 99, 100.

109 У судској пракси „тријумф појединачне воље" постоји и код развода на основу тужбе, јер суд врло често (скоро увек) прихвата жељу једног партнера да се разведе, вид. Олга Цвејић Јанчић, „Брак и развод", *Зборник радова Ново породично законодавств* (ур. З. Поњавић), Крагујевац 2006, 146. О радикалном неолиберализ му права на развод који је, заправо, репудијација и о чињеници да је некада индиви дуа припадала породици, а сада породица припада индивидуи вид. Зоран Поњавић, *Приватизација породице и Породичног права*, Београд 2009, 122 123.

– бесмислене реприze пораза/развода или свакодневни празник брака;
– привид/предубеђења[110] или истина;
– избор критеријума истине: реклама или Живот;
– немодерност морала или вечитост врлине;
– слабост пред искушењем или укрепљење у врлини;
– униније пред невољом или снага за радосни подвиг;
– усамљеништво или породица као неисцрпни источник љубави, пожртвовања и сигурности;
– зиданица на песку (Никола Милошевић), ефемерна чулност или Љубав као срећна есхатологија;
– световни брак као химна или шлагер (по лакоћи нота и мисли) тренутку[111] или духовни брак – слава вечности.[112]

Dr. Slobodan I. Panov

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

GROUNDS FOR DIVORCE IN ECCLESIASTICAL LAW

Summary

The author makes a detailed analysis of the grounds for divorce in ecclesiastical law, which perceives the idea of divorce from three angles: epektasis, love and eschatology. The author gives numerous examples and illustrations, and concludes that the difference between the secular and the ecclesiastical concepts of divorce derives from the opposite concepts of marriage. There is an antinomy or mutual incompatibility between the marriage of co-existence and the Sacraments; the marriage of equality and love; oblivion and irrelevance of guilt and permanent moral improvement; hedonism and sense of temptation; express sensory satisfaction and

[110] Сима Аврамовић, „Поимање секуларности у Србији рефлексије са јавне расправе у Уставном суду“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2012, 280 и даље.

[111] Није овде тако велико задовољство, колико је тамо велика казна (свети Јован Златоусти), вид. „Поуке за непорочни живот супружника из 63. беседе на Јеванђеље по Јовану“, *Православни брак и породица* (2000), 351.

[112] Брак је праобраз вечног живота, вид. митрополит А. Блум (2007), 394.

neocracy – a strong and permanent condition of virtue, for love as blissful and wise victim; provisorium and eschatology; man's standards and God's criteria.

Key words: *Ecclesiastical marriage. – Sacrament. – Epektasis. – Love. – Eschatology*.

УДК 341.236

Др Бојан Милисављевић[*]

ПРИПИСИВОСТ КАО УСЛОВ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Рад обрађује приписивост као услов за одговорност државе у међународном праву. Овај услов издваја се као најзначајнији и неопходан поводом утврђивања одговорности. Развој међународног права може се посматрати кроз еволуцију правила о одговорности држава, јер је реализација одговорности одувек била проблематично место у овој грани права. Приписивост је, с друге стране, неопходни услов за уврђивање одговорности, па је јасно да се ради о незаобилазном појму од великог значаја за међународно право.

Основи приписивости су се током праксе ширили и данас постоји већи број неспорних основа за приписивост аката самој држави. То се може видети из арбитражне и судске праксе, али и из рада Комисије за међународно право Уједињених нација. Рад разматра традиционалне основе приписивости на основу наведених извора, али и указије на основне проблеме који се јављају поводом примене неких од нових основа приписивости. Аутор даје и критички осврт на проширење већ постојећих основа приписивости аката самој држави.

Кључне речи: *Приписивост. Грађанска одговорност државе. Међународни суд правде. Комисија за међународно право.*

1. УВОД

Да би се у међународном праву могло говорити о потенцијалној одговорности једне државе и да би се успоставио однос према њој као одговорној за настанак извесне штете, потребно је да постоји тзв. приписивост. Отуд се приписивост појављује као један од два минимална услова за успостављање одговорности државе у међународном праву. Поред постојања неког од признатих основа приписивости,

---

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *bojan@ius.bg.ac.rs*.

неопходно је и постојање кршења неке међународноправне обавезе.[1] Радња којом се крши нека међународна обавеза назива се противправни акт.[2] Такав акт се може састојати из једне или више радњи или пропуста или из комбинације оба.[3]

У највећем броју случајева који се јављају у пракси постојаће и нека врста штете (било да је она материјална или нематеријална). Тако је још у пракси Сталног међународног суда правде потврђено присуство правила о неопходности постојања штете да би се успоставила нова правна релација о обавези њене надокнаде.[4] Поред тога, поједини аутори захтевају постојање и једног негативног услова, а он се односи на одсуство чињеница које служе за отклањање одговорности. Тада је јасно да и даље постоји приписивост, али се може закључити да више нема противправности која је неопходна за реализацију одговорности. На овом месту се, дакле, раздвајају приписивост и одговорност државе, јер иако има приписивости нема и одговорности. Када се утврди постојање наведених услова, успоставља се нови правни однос између две државе, што је потврђено праксом Сталног међународног суда правде.[5]

Када се посматра позиција државе којој се ставља на терет да је повредила право неког лица, њена позиција је идентична као и у случају да се ради о повреди неког права друге државе. Неопходно је доказати да постоји приписивост органима односне државе за штету која је настала, у овом случају у погледу неког држављанина друге државе. Институт дипломатске заштите[6] је, стога, признат у

[1] У међународном праву позната је и безделиктна одговорност, иако је по водом ње присутно много контроверзи. Вид. Alan E. Boyle, „State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by Internation al Law: A Necessary Distinction?“, *International and Comparative Law Quarterly* 39, 1/1990, 1 26.

[2] Тако је Међународни суд правде закључио у поступку између Конга и Уганде да је, пошто је утврдио да је Уганда прекршила међународноправне обавезе и тиме постала одговорна према међународном праву, сада на Суду да утврди по следице таквог кршења. ICJ Reports, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda),* 2005, 168.

[3] James Crawford, *The International Law Commission s Art.s on State Responsi bility,* Cambridge University Press, Cambridge 2002, 77.

[4] PCIJ, *Case concerning the factory of Chorzow*, Indemnity, vol. A, No. 17, 1928, 29 Текст одлуке доступан је на*: http://www.icjcij.org/pcij/serie A/A 17/54 Usine de Chorzow Fond Arret.pdf..*

[5] PCIJ, *Phosphates in Morocco, Preliminary Objections,* Series A/B, No. 74, 1938, 10, PCIJ, *Wimblendon Case,* Series A, No. 1, 1923, 15.

[6] Richard B. Lillich, „The Diplomatic Protection of National Abroad: An Ele mentary Principle of International Law Under Attack“*, American Journal of International Law,* 2/1975, 359 365, Richard B. Lillich, „*The Human Rights of Aliens in Contempo rary International Law“,* Manchester University Press, Manchester, 1984, Chittharanjan

међународном праву као суверено право државе да се супституише на место свога држављанина[7] или правног лица.[8] Због тога је неопходно повући аналогију са правилима која се тичу одговорности државе у међународном праву.[9] Тако се у Нацрту правила о одговорности државе у међународном праву, сачињеном од стране Комисије за међународно право, предвиђа као елемент међународног противправног акта државе и приписивост према међународном праву, као и прекршај неке норме међународног права.[10]

2. ОСНОВИ ЗА ПРИПИСИВОСТ АКАТА ДРЖАВИ

Међународно право је, кроз праксу судских и арбитражних тела, установило постојање одређених услова који помажу да се утврди постојање приписивости у сваком конкретном случају. Држави ће се увек приписати радње њених законодавних извршних или судских органа, без обзира на ниво на коме се налазе у организацији власти унутар државе, да ли су они локални или централни, инокосни или колегијални.[11] На исти начин ће се третирати и свако лице које је овлашћено од стране државе да делује у јавноправном својству, органи друге државе ако делују у име односне државе, као и сваки акти органа државе када прекораче своја овлашћења. Таква ситуација догодила се у случају познатом као *Јумас*, када је део војних снага Мексика послат да обезбеди америчке трупе од напада грађана ове државе и уместо да им пруже заштиту, што је била наредба, војни командант је одлучио да их нападне, због чега је страдао већи број америчких држављана. Очигледно је било да су мексичке трупе деловале

F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection,* Oxford Scholarship Online Monographs, Oxford, 2008, 10. Vermeer Künzli Annemarieke, „Restricting Discretion: Judicial Review of Dip lomatic Protection", *Nordic Journal of International Law*, 75, 2/2006; Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals,* The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1932, Бојан Милисављевић, „Развој института дипломатске заштите у међународном праву", *Међународна политика,* 1142, 2011, Draft art.s on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

7 ICJ Reports, *Nottebohm Case* (second phase), Judgment of April 6th, 1955.

8 ICJ Reports, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited,* Judg ment, 1970.

9 PCIJ, *Case concerning certain German interest in Polish Upper Silesia,* The Merits, vol. A, No. 7, 1926, 22. Текст одлуке је доступан на: *http://www.icjcij.org/pcij/ serie A/A 07/17 Interets allemands en Haute Silesie polonaise Fond Arret.pdf.*

10 Чл. 2. Нацрта Конвенције о одговорности државе у међународном праву под називом елементи акта државе противног међународном праву, Комисија за међународно право Уједињених нација *Official Records of the General Assembly, Fifty sixth session,* Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV.E.1), 201.

11 *Ibid.*, чл. 4.

изван наредбе коју су имале, али је Мексико оглашен кривим јер се радило несумњиво о државним организованим војним снагама, под командом званичног официра те државе.[12] Одговорност за наведене акте приписана је Мексику, без обзира на то што војне снаге нису деловале према налозима који су им издати. Тешко да би се оваква ситуација могла подвести под акте приватних лица, јер су трупе биле послате на званични задатак, са јасном наредбом коју су требале да изврше. Овај случај би се зато морао сматрати ситуацијом у којој долази до прекорачења надлежности и на тај начин се причини штета другој држави или њеним држављанима, где се опет, према правилима међународног права, такве активности приписују држави.

Сви акти ће се приписати држави и уколико појединац или група лица делују према упутствима и под контролом неке државе. Они ће се тада третирати као државни агенти. У том погледу важни стандарди су успостављени у случају Никарагва пред Међународним судом правде. Тада је заузет став да је неопходно да се утврди да су нека лица деловала под контролом САД, као и да је постојала стална веза у погледу финансијских средстава, да би такве радње могле бити приписиване овој држави.[13] Касније је такав начин доказивања примењиван и у неким другим случајевима.[14] Назван је „тест ефективитета", који је неопходан да би се неке активности могле приписати другој држави. Дакле, није довољна сумња у подршку неке државе, већ је неопходно да се ради о доказаној подршци и умешаности која је планирана и координисана од стране једне државе. При том је релевантна подела државних органа на оне који делују као званични државни органи и они који то јесу фактички. Овде су значајна правила унутрашњег права о одређивању органа као таквих,[15] али је за приписивање држави аката приватних група неопходно чињенично доказивање стварне везе са државом. Утврђивање такве везе јесте један комликован процес и захтева презентовање неспорних доказа о јасној и континуираној подршци од стране државе, надзору над активностима и план деловања.[16]

Привремене владе или устанички покрети ће бити одговорни субјекти са становишта међународног права тек уколико дође

[12] Преузето из Peter Malanczuk, Michael Barton Akehurst, *Akehurst's modern introduction to international law*, Taylor & Francis, London, 1997, 258.

[13] ICJ Reports, *Case Concerning The Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, (Merits), 1986, 14, 64 65.

[14] Случај Босне и Херцеговине против Србије поводом Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида пред Међународним судом правде.

[15] *ILC Draft Art.s on State Responsibility*, 2001, Art. 4.

[16] Вид. ICJ Reports, *Genocide Case,* Separate opinion of Judge Kreća, par. 126 130.

до конституисања нове државе под њиховом контролом. Тада ће они одговарати за све акте који су у протеклом периоду настали на територији нове државе.[17] Уколико не дође до конституисања њихове власти онда може настати одговорност матичне државе која је поново успоставила контролу на том подручју, само уколико је могла, а није спречила настанак штете, што ће се веома тешко доказати. Тада би одговорност државе била сведена на викарну одговорност. У том случају је потребно да је држава предузела дужну пажњу, али да је штета ипак настала. Изван ових случајева приписивост ће се успоставити и у случају када се може сматрати да је држава прихватила одређене акте као своје на основу њених поступака. Тада се ради о индиректној одговорности.

Држави ће бити приписане радње или пропуштања деловања,[18] када су то дужни, њених државних органа којима је настала штета по другу државу или њеног држављанина. Тако се приписивање држави описује и као интелектуална операција којом се премошћује простор између радњи физичког лица или групе и саме државе,[19] која потом може бити одговорна за њих. Да би се неки акти могли приписати држави, захтева се постојање доказиве везе између деловања неких лица, била она чак и приватна лица, и понашања саме државе. Уколико је код утврђивања викарне одговорности држава могла да предузме неке радње које би довеле до тога да штета уопште не настане или да њен обим буде мањи, онда би се могла таква последица приписати држави. Тако је било у случају спора између САД и Ирана.[20] Дакле држава неће бити одговорна за све акте приватних лица којима може да настане штета на имовини стране државе или физичког лица, па увек постоји простор у коме неће бити могућности да се спор подигне на међународни ниво. Ипак, и када је неко приватно лице начинило штету страном држављанину и у том степену није могуће успоставити везу приписивости према држави, она је још увек дужна да процесуира такво лице и да му одреди законску санкцију, која може подразумевати и обавезу надокнаде штете према оштећеном страном држављанину. Уколико држава такав поступак не покрене, она тиме заправо својим пропуштањем чини повреду међународне обавезе и може се поставити питање њене одговорности. На овај начин она индиректно саопштава свима да ће остати некажњени уколико чине сличне акте према страним држављанима, а њена одговорност за

[17] *Ibid.*, чл. 5 11.

[18] Dupuy Pierre Marie, „The International Law of States Responsibility: Revolu tion or Evolution“, *Michigan Journal of International Law* 1989 1990, 105.

[19] Joseph G. Starke, „Imputability in International Delinquencies“, *British Year Book of International Law* 19/1938, 106.

[20] ICJ Reports, Diplomatic and Consular Staff Case, 1980, 29, 41.

нечињење ће бити једноставније успостављена уколико се докаже да у сличним случајевима спроводи поступке против својих држављана када су у питању други оштећени. Да би се констатовало постојање приписивости држави, неопходно је утврдити што је могуће јасније повезаност актера и њиховог деловања са самом државом.[21]

Већ је предходно наведено да је питање дипломатске заштите уско везано за грађанску одговорност државе, па је и питање приписивости аката самој држави регулисано по истим принципима.[22] Због тога ће држава најпре несумњиво бити одговорна за акте својих државних органа, да би се у другим случајевима приписивост реализовала на знатно тежи начин.[23] Колико је важно питање приписивости аката држави може се видети по томе што је други део Нацрта правила о одговорности државе израђен од стране Комисије за међународно право комплетно посвећен овом појму.[24] Без приписивости не може бити ни одговорности, јер се преко ње одређени субјект доводи у везу са насталом штетом, па се тако одговорност персонификује.

2.1. Одговорност за акте државних органа

Питање одговорности државе за акте државних органа никада није било спорно, јер је одговорност неопходни елемент субјективитета, па како се поседују права у неком поретку, тако се и последице за повреде права других субјеката намећу као логичне. Из тог разлога је још приликом првих нацрта правила о одговорности државе у међународном праву у Друштву народа било јасно да се сваки акт државног органа мора приписати држави коју он представља. Поводом одговора влада упућених припремном комитету Друштва народа за конференцију о Кодификацији међународног права 1930. године, може се видети једногласни став да радње или пропусти органа државе морају њој бити приписани.[25] Пошто је држава правно лице у међународном праву, она предузима радње преко својих представника и заступника.[26] Без обзира на то какво је унутрашње држав-

[21] Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran, Iran U.S. C.T.R., 1987, 17, 92, 101 102.

[22] F. V. Garcia Amador, „State Responsibility in the Light of the New Trends of International Law*", American Journal of International Law*, 3/1955, 339 346.

[23] Jan Arno Hessbruegge, „The Historical Development of the Doctrines of At tribution and Due Diligence in International Law"*, New York University Journal of Inter national Law and Policy*, 2003 2004, 265.

[24] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), Chapter II, Attribu tion of conduct to a State.

[25] C. F., Amerasinghe, 230.

[26] PCIJ, German Settlers in Poland, Series B, No. 6, 1923, 22.

но уређење, са становишта међународног права, држава се мора третирати као јединствена правна личност у смислу одговорности.[27]

Тако је и у Нацрту правила о одговорности држава предвиђено: „Понашање било ког државног органа сматра се актом те државе према међународном праву, без обзира да ли орган врши законодавну, извршну, судску или било коју другу функцију, без обзира на позицију органа у организацији државе, и без обзира на његов карактер као органа централне владе или територијалне јединице државе".[28] На основу ове дефиниције јасно се види да она обухвата све државне органе и да је, чим се ради о органима државе, сасвим логична последица да се све њихове активности везују за државу која је као субјект међународног права одговорна на међународном нивоу. У највећем броју случајева активности органа спроводе се у оквиру државне територије и тада ће се поставити питање одговорности, док су ретки случајеви деловања органа изван државне територије у смислу дипломатско-конзуларних представништава или ваздухоплова и бродова. Одговорност државе се простире и за акте свих органа независно од њихове позиције у унутрашњој организацији, али је позиција битна за утврђивање индивидуалне одговорности према одредбама унутрашњег права. Пракса пред Међународним судом правде[29] може да потврди постојање оваквог правила: „Према добро установљеним правилима међународног права, поступци било ког органа државе морају бити третирани као акти саме државе. Ово правило је обичајне природе".[30]

Са становишта међународног права неспорно је постојање претпостављене надлежности када се ради о лицима која обављају функције шефа државе, шефа владе, министра иностраних послова, као највиших органа заступања државе.[31] Тако се акти ових лица несумњиво приписују самој држави на директан начин, али су са становишта одговорности државе једино релевантни они акти којима се крши нека норма међународног права. Према чл. 4 Нацрта правила о одговорности државе није важно о ком органу државе се ради у смислу трихотомне поделе власти, јер у пракси могу да постоје различити органи који имају специфичне функције у зависности од унутрашњих решења у држави.

[27] J. Crawford, 83.

[28] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 4.

[29] Вид. PCIJ, Series A No. 7, 19.

[30] I.C.J. Reports, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, 1999, 87, 62.

[31] Mohammed Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects,* Marti nus Nijhoff Publishers, London, 1991, 359.

У неким случајевима неће се моћи само на основу правних правила унутрашњег права утврдити да ли се ради о државном органу, већ ће бити неопходно да се обрати пажња и на праксу. Такође ће термин власт, према неким правилима унутрашњег права, бити тумачена као највиши државни органи.[32] Државни органи могу одговарати за активне радње, али и за пропусте. Тако је Међународни суд правде у случају спора између Албаније и Велике Британије утврдио одговорност Албаније, јер су њени органи морали знати за постојање мина у њиховим територијалним водама, а да нису ништа учинили да упозоре друге државе на њихово постојање.[33] Суд је овде закључио да, иако су највероватније мине постављене непосредно пре експлозије у територијалним водама Албаније, над мореузом је постојао непосредни надзор ове државе. Директни пропусти албанских органа јасније су видљиви после других експлозија које су се догодиле неколико часова после прве, када власти нису учиниле ништа да друге бродове упозоре на опасност и тако спрече даље штете.[34] У другом случају поводом спора Ирана и САД, Међународни суд правде је закључио да постоји одговорност Ирана јер власти нису предузеле адекватне мере када су постојали очигледни услови за њихово предузимање.[35]

Одговорност државе за акте свих својих органа је настала као правило још веома рано, а обухватала је активности свих органа. Уколико поредимо развој правила о директној одговорности може се закључити да се првенствено развила свест о одговорности за рад законодавних и извршних органа. Једно време се сматрало да држава не би требало да одговара за рад судских органа власти. Први несумњиви доказ да се држави директно приписују акти судских органа јесте одредба из Конвенције о правима странаца која је потписана на Другој конференцији америчких држава 1902. године, где је превиђена одговорност државе за ускраћивање правде, поред осталих могућности приписивања.[36]

Одговорност за рад законодавних органа је један од основних видова директне одговорности. Овде држава, по правилу, одговара зато што њени законодавни органи нису усвојили закон који су према међународним обавезама односне државе били дужни да усвоје или зато што су усвојили закон који је супротан обавезама конкретне државе. Таква правила су потврђена не само у теоријским схватањима,

32 Вид. J. Crawford, 91 123.

33 ICJ Reports, *Corfu Channel Case,* Merits, 1949, 4.

34 *Ibid.,* 18 23.

35 ICJ Reports, *Diplomatic and Consular Staff,* 1980, 3.

36 Annex 5, Yearbook of International Law Commission, 1956, 226.

већ и кроз праксу међународних тела приликом решавања спорова.[37] Тако је још Стални међународни суд правде зањучио: „Постоји један очигледни принцип да држава која је уговорила неку међународну обавезу мора да учини неопходне измене у унутрашњем законодавству да би испунила преузете обавезе“.[38] Свако пропуштање да се поступи на наведени начин води прекршају прихваћеног међународног правила и тиме се успоставља одговорност државе. У зависности од међународне обавезе може се радити о усвајању новог закона, измени већ постојећег или чак укидању закона који је на снази. Држава ће свакако бити одговорна и када се закони који јесу у складу са њеном међународном обавезом не примењују на начин да се тиме испуњава међународна обавеза, само што онда држава одговара за рад извршних или судских органа. Због овога је поље одговорности за рад законодавних органа сужено само на посао који је према правилима унутрашњег права у надлежности тих државних органа.

Држава ће, такође, одговарати и за рад извршних органа у које се убраја велики број унутрашњих органа, али где улазе и органи спољашњег представљања државе. Поред њих, према уобичајеној пракси држава, овде спадају и други органи који се у англосаксонским порецима називају администрација (шеф државе, влада, министри). При том је без значаја о ком нивоу власти се ради, већ ће држава одговарати у сваком случају.

Одговорност државе за рад судских органа је, можда, и најкомпликованија, јер може да поприми различите облике. Као први, најочигледнији облик повреде од стране судске власти јесте усвајање одлуке суда које је супротно правилима међународног права. Отпор према прихватању одговорности за рад судских органа био је разумљив, јер државе нису желеле да међународни судски органи преузму улогу апелационих тела у односу на унутрашње судове, као и због чињенице да је судска власт по правилу независна грана власти од свих других грана и да доноси одлуке у складу са прописима који су на снази.[39] У погледу подршке овом правилу на међународном плану, поједине државе су изразиле јасне резерве према њему. Наиме, Јапан, Бурма, Ирак сматрале су да се акти судске власти не приписују држави према међународном праву.[40]

---

[37] PCIJ, *Exchange of Greek and Turkish Population Opinion*, Series B, No. 10, 1925, *The Norwegian Shipowners Claim,* Norway v USA, 1 UNRIAA, 1922; PCIJ, *The German Settlers in Poand Opinion,* 1923, Series B, No. 6, PCIJ, *The Chorzow Factory Case* (Merits), Series A/B, No 17, 1928.

[38] PCIJ, *Exchange of Greek and Turkish Population Opinion*, Series B No. 10, 1925, 20.

[39] Acts of Codification Conference, 1930, 105, вид. M. Bedjaoui, 1991, 365.

[40] Вид. C. F. Amerasinghe, 238.

Иако су наведени аргументи прихватљиви, они не могу да утичу на закључак да ће држава одговарати за радње судских органа увек када они прекрше правила међународног права која обавезују ту државу, јер је та правила држава и прихватила.

Други основ за успостављање одговорности државе за рад судских органа јесте због „ускраћивања правде". Овај стандард је прихваћен у погледу правила о одговорности државе, иако је доста широк и може бити непрецизан, а веома је често коришћен у случајевима предузимања мера дипломатске заштите. Временом се кроз праксу овај термин помало уобличио, па се сматра да он обухвата случајеве када страни држављанин није у ситуацији да покуша да заштити своја права пред унутрашњим органима, као и када се поступци одуговлаче без оправданих разлога, па у коначном исходу по странца значе недоступност заштите. Под појмом ускраћивање правде не би се могли обухватити случајеви када је страни држављанин незадовољан одлуком судских органа, већ би то могао бити основ за евентуалну повреду правила међународног права.

Као трећи случај када би држави била приписана одговорност за рад судских органа може се навести повреда правила унутрашњег права. Ово је изузетан случај, јер је услов за успостављање одговорности повреда међународних правила. Ипак, као и у случају основа релативне ништавости међународних уговора, када се говори о битној повреди правила о надлежности на закључење уговора, тако се и овде може прихватити постојање основа приписивости ако се ради о коначној одлуци унутрашњег суда, ако је повреда правила унутрашњег права очигледна и уколико је постојао очигледни немар судија и непрофесионални рад и однос.[41] Према правилима која су прихваћена у погледу основа приписивости за рад државних органа држава ће увек одговарати када њени органи изађу из оквира надлежности, па се тако може посматрати и наведено поступање судских органа власти. Дакле држава би овде одговарала због пропуштања да спречи и санкционише незаконито поступање својих судских органа уколико га је било. Приликом утврђивања евентуалног кршења од стране судских органа релевантна су правила унутрашњег права. Принцип да се држави приписују активности њених државних органа и онда када прекораче сопствену надлежност, данас је прихваћен као уобличено правило у међународном праву, што је закључила и Комисија за међународно право у свом Нацрту правила о одговорности држава из 2006. године.[42]

[41] M. Bedjaoui, 367.

[42] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 7.

Приликом анализе одговорности државе за акте судских органа неопходно је разјаснити једну чињеницу. Потреба за исцрпљењем унутрашњих правних средстава заштите јесте предуслов за коришћење мера дипломатске заштите на међународном нивоу. Да би се он остварио потребно је искористити сва средства заштите пред унутрашњим, по правилу, судским органима. Да би се, с друге стране, поставило питање приписивости држави акта једног судског органа, није неопходно да се искористе сва средства заштите, већ да се докаже да су у поступку повређена права страног држављанина.

Посебно се питање приписивости може закомпликовати када се ради о федералним државама. Овде се увек првенствено полази од тога да је федерација субјект међународног права, па је према томе, она и јединка којој се мора приписати деловање сваке федералне јединице. Међутим, код овог случаја нису без значаја ни правила унутрашњег права, јер могу да доведу до специфичних ситуација. Наиме, државе могу да имају такву унутрашњу организацију која даје федералним јединицама мању или већу аутономију у погледу примене правила међународног права. Тако се може догодити да је федерална власт, која је према правилима међународног права обавезна да обезбеди њихову примену и спровођење, спречена унутрашњим ограничењима надлежности и у пракси немоћна да барем на ефикасан начин примени правила међународног права. Отуд је Међународни суд правде, у случају Ла Гранд, донео одлуку против САД, јер нису биле у могућности да обезбеде примену наредбе поводом привремене мере одлагања извршења санкције овог суда у држави Аризони.[43] Овакав став Међународног суда правде је у складу са општим принципом међународног права да се државе не могу позвати на правила унутрашњег права приликом непоштовања међународних обавеза.[44]

У том погледу постоји и једна специфична ситуација када је федералним јединицама дата извесна аутономија у погледу *ius contrahendi*. Тако је у Швајцарској дато право федералним јединицама (кантонима) да закључују поједине врсте међународних уговора у погледу пограничних питања, полиције.[45] Оваква правна ситуација пружа прилику појединим ауторима да закључе да се тиме аутоматски федерација изузима од одговорности за акте федералне јединице због евентуалног кршења уговора.[46] Такви закључци су преслобод-

[43] ICJ Reports, *The La Grand Case,* Provisional Measures, 1999, 16.

[44] PCIJ, *Case concerning the factory of Chorzow,* Indemnity, vol. A, No. 17, September 13th, 1928. Текст одлуке доступан је на: *http://www.icjcij.org/pcij/serie A/ A 17/54 Usine de Chorzow Fond Arret.pdf.;*_

[45] Чл. 56, ст. 3 и 173 ст. 3 Устава Швајцарске федерације од 1999.

[46] Alf Ross, *Textbook on International Treaty Making Power,* Selected Papers and bibliography of Lord Mc Nair, Leiden 1974, 81.

ни и не би се могли сматрати исправним. Иако су унутрашња правила федералне државе поделила надлежност у погледу примене међународног права, као одговорни актер на међународном плану једино се може појавити федерална држава. Њена одговорност би се евентуално правно могла искључити само употребом федералне клаузуле на уговор који се закључује, чиме федерација од себе отклања евентуалну одговорност за неизвршење конкретног уговора. Државе су се у пракси ограђивале од одговорности за активности својих федралних јединица.[47]

У данашњој међународној заједници правна правила су се развила до те мере да би било недопустиво да се услед сложености унутрашњег уређења неке државе допусти кршење правила међународног права. Тако се држави, без сумње, приписују сви акти који потичу од државних органа без обзира на њихову позицију у државној организацији.[48]

2.2. Одговорност државе за акте овлашћених лица

Дакле, када државни органи делују и причине на тај начин штету некој страној држави, јасно је да се ради о радњи коју треба приписати држави. Поред тога, већ је устаљена пракса да се и радње приватних лица када делују у име државе могу сматрати актом саме државе. Тако је у Нацрту правила о одговорности државе предложен чл. 5 под називом „Понашање лица или субјеката који врше јавну власт“. Понашање појединаца или субјеката који нису државни органи према том члану, али који су овлашћени према прописима државе да обављају јавну власт, треба да буде сматрано као акт саме државе према међународном праву, ако се такав ентитет понашао у складу са повереним овлашћењима.[49]

У прошлости су, током колонизације, биле честе ситуације да државе овлашћују приватне компаније, које су иступале са државним овлашћењима. У данашње време постоје случајеви да поједина предузећа, сагласно међународним уговорима, делују у јавноправном својству или да руководе притворским јединицама у појединим државама. Такође се јавља улога овлашћених субјеката у погледу спровођења мера имиграционог типа у области авиопревоза и мера карантина. Поред тога могу се јавити и нафтне компаније које делују

47 Пример писма државног секретара Стимсона које је упутио припремном комитету за конференцију о кодификацији међународног права Друштва народа 1929. године, преузето из C. F. Amerasinghe, 240.

48 Revised Draft by Garcia Amador, International Law Commission, 1961, art. 14.

49 Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 5.

према унутрашњим прописима државе у јавноправном својству и изван територије државе.[50] Поједине државе поседују правила по којима у државним затворима послове стражарске службе обављају приватна предузећа која задовољавају посебно предвиђене услове. Они несумњиво врше јавноправне послове уколико испуњавају одређене услове. Прво: делују према овлашћењу државе; друго: делују под контролом државних органа и треће: функционишу према предвиђеним процедурама и прописима. У таквим случајевима било би потпуно неоправдано да се поступци оваквих служби не сматрају актима државних органа и не приписују директно као и саме активности државе.

У оваквим случајевима није неопходно доказивати да су такви ентитети деловали под ефективном контролом државе, као што би то био случај са приватним субјектима без овлашћења према прописима државе. Сама чињеница да је неки ентитет деловао на основу јавноправног овлашћења довољна је да се сваки такав акт сматра актом саме државе, јер постоји директна веза са државом. Тако је и ово пример за директну одговорност у међународном праву, о чему сведочи и чињеница да је овај члан уследио одмах после чл. 4 Нацрта правила о одговорности државе, који је сачинила Комисија за међународно право Уједињених нација.

Директна правна веза у смислу приписивости је могућа јер приватни субјекти у оваквим случајевима не делују самоиницијатвно, већ на основу унутрашњих правила које је сама држава предвидела у смислу њиховим овлашћења.

2.3. Деловање органа једне државе у име друге државе

Претходна правила у погледу одговорности државе била су примери директне одговорности у ужем смислу те речи. Но, у ширем смислу, могуће је да орган једне државе делује у име друге и тако доведе до повреде правила међународног права. Тада ће се конституисати однос у погледу надокнаде штете према држави у чије име је орган деловао, а не оне државе којој тај орган припада. То би, у ствари, био изузетак да држава увек одговара за акте својих органа, како предвиђа чл. 4 Нацрта правила о одговорности државе. Ова одредба је предвиђена у чл. 6, где се говори о стављању на располагање неког органа државе чији се акти онда приписују држави у чије име делују.[51] Над радњама које тако спроводи орган друге државе мора да постоји надзор државе у чије име делује и ту се не би могли убројати заједничке активности држава када би постојала подељена одговор-

[50] *Ibid.*, 43.

[51] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 6.

ност. Да би се акти приписали само једној држави неопходно је да они делују само и искључиво у њено име, уз њену сагласност, а не и у име државе чији су они органи. Када делују у име друге државе онда се формално, барем за то време, они ни не могу сматрати органима своје државе, већ искључиво оне у чије име су ангажовани.

Да би се акти органа једне државе могли приписати другој држави, према нацрту Комисије за међународно право, неопходно је да буду испиуњена два услова. Тако се захтева: а) да орган буде званични орган једне државе и б) да врши јавноправну власт друге државе.[52] Из праксе се може навести пример британског конзула који је привремено био смештен у француски конзулат у Персији да обавља поверене послове. Када је тај конзул изгубио поверене документе, француска држава је тужила британску за повреду правила међународног права. Арбитражни суд који је разматрао овај случај закључио је да не постоји основ за тужбу, будући да је конзул као орган британске државе вршио јавноправне послове у име француске која у таквој ситуацији нема правни основ према Британији.[53]

У данашњој међународној заједници може доћи до овакви ситуација код узајамног представљања у дипломатским и конзуларним пословима, полицијским активностима,[54] као и код деловања државних органа под окриљем међународних организација. Ово питање је посебно важно, јер је реализација одговорности међународних организација веома проблематична у пракси. Један од проблема везан је за немогућност заснивања надлежности Међународног суда правде у поступцима против међународних организација. Други је формалноправне природе. Наиме, међународне организације у највећем броју случајева нису чланице конвенција које су често предмет повреде. То би строго формално значило да нису правно везане правилима, сем уколико се не докаже да се ради о легислативним актима чија је правна снага универзална и зато обавезује преко обичајноправне призме. Такав пут доказивања био би компликован и дуг, а поред тога и не би могао да се спроводи пред Међународним судом правде како је то напред и наведено.

Пошто су рецимо, код спровођења мировних мисија Организације уједињених нација, линије команде и контроле тако утврђене да постоје јасно одређени сектори које покривају национални кон-

52 *Ibid.*

53 Преузето из Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrong ful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), Chevreau case, UNRIAA, (Sales No. 1949.V.1), 1931, 1113, 1141.

54 На то указују и случајеви пред Европским судом за људска права који прихвата овакве основе приписивости јер у неким случајевима није могао да заснује директну одговорност будући да нису све државе чланице, или барем нису биле чанице Европске конвенције о правима човека.

тигенти држава учесница у мисији, онда би се могло неспорно установити ко би могао бити одговоран за акте на одређеном подручју. Тако би овај пример заправо био изузетак од правила да се у случају препуштања органа једне државе за деловање у име другог субјекта препушта и одговорност. Било би веома корисно када би се ипак прихватала приписивост према држави чији су то органи у оваквим случајевима, али уз могућа ограничења. На овај начин би се барем мало ублажио проблем који постоји због немогућности реализовања одговорости за акте међународних организација.

2.4. Прекорачење надлежности или деловање противно инструкцијама

Приликом вршења суверене власти на својој територији држава је изложена потенцијалним ризицима да неки од њених органа изађу из оквира надлежности и тако начине штету другој држави. Поједини класични аутори[55] овакву ситуацију су називали ризиком вршења суверености, где се несумњиво намеће као логичан закључак да је држава дужна да се стара да њени органи делују у складу са сопственим овлашћенима. Ако то није случај и због прекорачења овлашћења дође до повреде норме међународног права, онда се као логична последица намеће одговорност такве државе. У оваквом случају држава би одговарала за нечињење, јер није учинила оно што је потребно да њени органи не излазе из додељене им надлежности. Држава се не може заклањати иза унутрашњег права када долази до кршења међународних обавеза чак и онда када њени органи прекорачују сопствене надлежности.

Тако је у Нацрту правила о одговорности држава предвиђено: „Понашање органа државе или ентитета овлашћеног да врши елементе државних органа сматраће се актом државе по међународном праву ако орган, или такав ентитет поступа у том својству, чак и уколико дође до прекорачења својих надлежности или до кршења упутства“.[56] У овој дефиницији је обухваћен случај не само прекорачења сопствене надлежности, већ и ситуација када приватни ентитети делују у својству вршења власти па прекораче овлашћења која су добили. Ово правило је већ традиционално укорењено у доктрини и у пракси држава што потврђује чињеница да је било формулисано већ у нацрту правила приликом покушаја кодификације у Друштву народа 1930. године.[57]

---

[55] Вид. Милан Бартош, *Међународно јавно право*, I, Класици југословенског права, Службени лист, Београд 1995.

[56] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 7.

[57] League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion, document C.351(c) M.145(c).1930. V, 237.

У пракси ће понекад бити тешко утврдити када ће лице које иначе представља државу деловати у приватном својству, а када с позиције функције коју врши. Тако је арбитражни суд у случају убиства француског држављанина од стране два мексичка официра закључио да деловање два официра, чак и ако се сматра да су деловали изван својих надлежности и наређења која су добили, јесте укључено у одговорност државе, јер су поступали у смислу статуса који имају као официри и користили средства која су им стављена на располагање због тог статуса.[58] У данашњој пракси уговорних тела која се баве контролом примене конвенција поводом којих су и основана, честа је ситуација да се разматрају примери прекорачења овлашћења извршних органа.

Према дефиницији која је изнета у нацрту правила о одговорности у чл. 7 у делу када се наводи да орган, иако је прекорачио сопствену надлежност, и даље делује као државни орган, јесте елемент који је потенцијално најтеже утврдити. Понекад ће се предност приликом доказивања да је орган деловао у својству државног органа дати на основу тога што је при вршењу конкретне радње користио униформу и оружје које поседује као државни орган и на тај начин код оштећене стране ствара погрешну представу да делује према правилима и упутствима својих прописа и надређених. У неким другим случајевима кључна предност и акценат могли би се дати на основу неких других чињеница који би радњу очигледно предузету изван прописа и надлежности могли квалификовати као основ за приписивост самој држави.[59] Овај основ приписивости је веома чест у случајевима када долази до повреде права странаца и то представља једно од најкомплекснијих места код успостављања одговорности државе.[60]

Овај проблематични основ приписивости се појављује и у деловању међународних организација, где се поставља питање када и под којим условима се може приписати деловање званичника или органа организације самој организацији, уколико су они деловали изван оквира сопствених надлежности и тако повредили права држављана других држава.[61]

58 Преузето из Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), Caire case, UNRIAA, (Sales No. 1952.V.3), 516, at 531 (1929).

59 Вид. Theodor Meron, „International Responsibility of States for Unathorized Acts of Their Officials“, *British Yearbook of International Law,* 1957.

60 Przetacznik Franciszek, „The International Responsibility of United States for the Unauthorized Acts of their Organs“, Sri Lanka Journal of International Law, 1989, 151.

61 Moshe Hirsch, *The responsibility of international organizations toward third parties: some basic principles,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1995.

Уколико се у поступку приликом примене дипломатске заштите докаже да се неки конкретан акт, који је истина предузео неки представник државе излазећи из оквира надлежности, ипак не може приписати држави већ приватном деловању тог лица у личном својству према другом држављанину, онда цела ствар добија потпуно другу димензију. Тада је лице које је оштећено у могућности да покуша да потражи заштиту прво пред органима државе чији је то држављанин, па да евентуално тек онда, по искоришћењу унутрашњих правних средстава, пређе на међународни план. Тада се, у ствари, ради о потенцијалној одговорности државе за акте приватних лица. Дакле, и у овом случају може доћи до приписивости држави таквих аката, мада се ради о другом основу приписивости, а процедура доказивања је сложенија.

Већ је наглашено да је приписивост у случају деовања органа државе *ultra vires* спорно питање око кога не постоји општи консензус, па је било аутора који су заступали идеју о немогућности приписивања таквих аката држави.[62] Иако су такви ставови углавном већ прошлост у међународном праву, било је више покушаја од стране држава, пре свих из Азије и Африке, да се приписивост не примењује увек када орган изађе из оквира надлежности и тиме нанесе штету другој држави или држављанину. Насупрот оваквим схватањима налазе се она која сматрају да се сваки акт државних органа мора приписати држави акти када су изван оквира додељених им надлежности. Прво, наведени ставови су преуски и њихово прихватање значило би да се толеришу и акти који би морали бити стављени државама на терет. С друге стране, мишљења која апсолутно подразумевају приписивање када се ради о делима државних органа су веома широко постављена и значила би аутоматско успостављање одговорности држави. Она почивају на старом правилу да је све што се догоди на територији једне државе уједно и сфера одговорности државе и на концепту правила о наличју права на сувереност. Тако држава према међународном праву има право да врши сувереност на сопственој територији, али због тога и обавезу да одговара за све што се на њој догоди. Према овом схватању држава одговара заправо за нечињење, то јест она је одговорна зато што није спречила штетне радње, или када је већ то пропустила да учини, зато што није на одговоарајући начин процесуирала лица која су одговорна за акте.[63] Најприхватљивије је средње решење, које највише одговара пракси у којој се могу јавити случајеви и изузимања од одговорности када државни орган прекорачи сопствену надлежност.

---

[62] Calvo i Bluntschli, преузето из C. F., Amerasinghe, 244.

[63] Ова теорија се назива и теорија о саучесништву државе.

2.5. Акти који су планирани или контролисани од стране државе

У међународном праву питање одговорности је конципирано на специфичан начин услед посебне врсте субјеката. Ипак, и поред тога, поједини принципи у погледу одговорности су преузети из унутрашњих правних система. Према општеприхваћеним правилима права, питање одговорности мора бити персонализовано, па би се ту морало очекивати да државе не би требало да одговорају за активности приватних лица која у личном својству својим деловањем причине штету другој држави или њеним држављнима. Ипак је кроз праксу у међународној заједници често долазило до ситуација када су државе, желећи да избегну директно приписивање последица изазваних извесним акатима, примењивале разне перфидне методе индиректног ангажовања у њима. Тако је у време важења класичног међународног права оваква пракса била раширена и није наилазила на осуду, већ се сматрала легалним средством суверених држава. Развојем правила међународног права дошло је до постепеног развоја свести о неприхватљивости, а временом и до формирања правила о недопуштености планирања, помагања, подстицања, контроле активности којима се крше правила међународног права и којима се чини штета другим државама или њеним држављанима. Тако је формирање свести о недопуштености наведеног деловања јасно приказана у Резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација из 1974. године,[64] када је усвојена дефиниција агресије. Као један од аката овог кривичног дела, под тачком г), наведено је да се под агресијом сматра поред осталог и: „одлука једне државе да, било у своје име или у име друге државе, упути оружане банде, групе, припаднике нередовних снага или најамника да изврше акте оружаног напада против друге државе, а да се ти акти по тежини могу упоредити са наведеним актима, или значајно учешће државе у томе". Према наведеном исечку из Резолуције јасно је да се планирање, инспирисање, контрола државе над актима које спроводе приватна лица такође изједначавају са директним актима државе у области агресије. Како је таква директна веза направљена у погледу злочина агресије, тако је и у погледу других штетних радњи које планира, подстиче или којима руководи држава повучен знак једнакости. Из ових разлога је и Комисија за међународно право у своме Нацрту правила о одговорности држава у одељку о приписивости аката предвидела: „Поступци појединца или групе лица имају се сматрати актима државе према међународном праву уколико појединац или група лица у конкретном случају делује према упутствима, или налозима или контолом те државе приликом спровођења активности".[65]

---

[64] Резолуција 3314 Генералне скупштине Уједињених нација.

[65] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 8.

Из наведене дефиниције могу се препознати две ситуације. Једна је када приватна лица делују према инструкцијама државе, док је друга када држава управља и контролише штетне активности. У оба случаја је неопходно утврдити несумњиву везу између државе и приватних лица да би се установила приписивост држави. Да би се утврдило постојање учешћа државе у радњама приватних лица користи се „тест ефективности" као стандард који је прихваћен у поступку Никарагва против САД пред Међународним судом правде.[66] У овом поступку је утврђено да су САД планирале, управљале и контолисале акције које су спровођене на територији Никарагве,[67] али је било важно како се доказује таква повезаност и која је то мера учешћа државе потребна да би се могла установити директна веза државе са операцијама. Да би се услед таквог понашања могла установити правна одговорност САД, морало би бити доказано да су оне имале ефективну контролу над војним и паравојним операцијама у којима су повреде међународног права настале.[68] Због тога је неопходно да се у сваком конкретном случају утврди какав је степен контоле државе за који акт и тако евентуално установи одговорност државе. Тако постављени тест ефективности поставио је високе стандарде за утврђивање приписивости држави, јер често неће бити довољно да се утврди да је постојало финансирање војних снага или повремена контрола и увид у акције. Да би се успоставила веза приписивости с одређеном државом, неопходно је да се несумњиво утврди стална контрола, руковођење операцијама, стални надзор и планирање. Колики је степен контроле и учешћа државе у активностима којима се крши међународно право потребан, зависи од случаја до случаја, али се може закључити да је гранична линија постављена онда када се несумњиво може установити да је држава активно учествовала у њима.

Приликом утврђивања индивидуалне кривичне одговорности *ad hoc* трибунал у Хагу разматрао је у неколико наврата могућност постојања ефективне везе у деловању појединих окривљених с државама које су биле на неки начин повезане са оружаним сукобима. Суд је овде закључио да степен контроле по правилу варира и да је тешко извући генералне закључке, па је због тога важно да се у сваком конкретном случају утврди да ли је постојала ефективна контрола баш поводом тог случаја.[69]

---

[66] I.C.J. Reports, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, 1986.

[67] *Ibid.,* 51.

[68] Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, 62 i 64 65.

[69] ICTY, Judgment, Case IT 94 1, Prosecutor v. Tadić, 1999, *www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad aj990715e.pdf*.

Када се ради о случајевима утврђивања одговорности за повреде међународног права који су изван оквира оружаних сукоба, онда су могуће активности привредних субјеката, али под условом да не врше неке од елемената јавне власти.

2.6. Приписивање аката устаничких или других покрета

Приликом побуна или унутрашњих сукоба у државама посебно је угрожена имовина, као и друга права страних држава или држављана. Према већ устаљеним правилима међународног права која су наведена, држава ће одговарати за акте приватних лица који су почињени на њеној територији уколико је могла, а није спречила њихово деловање, или после предузетих радњи није на адекватан начин казнила починиоце и спровела поступке о надокнади штете. То се може видети и преко активности у погледу припремних радњи поводом Кодификације у оквиру Друштва народа из 1930. године.[70]

Уколико се, међутим, ради о већим сукобима који могу да доведу до противуставне промене власти, онда се ситуација додатно компликује. Тако је Комисија за међународно право, у Нацрту правила о одговорности држава, предвидела следећи члан под називом „Активности устаничких и других покрета“: 1. Активности устаничких покрета који постану нова влада државе требало би да буду третирани као акти државе према међународном праву. 2. Активности покрета, устаника или других групација који успеју да успоставе нову државу на делу територије претходне државе или на неком подручју под сопственом управом требало би третирати као акте нове државе према међународном праву.[71] Овде се јасно виде две ситуације од којих је прва везана за промене владе противно правилима унутрашњег права, где се нова влада неће ослободити одговорности за повреде правила међународног права, па ни страних држављана, уколико успе да дође на власт. Она ће одговарати за такве повреде, јер се са становишта међународног права наставља континуитет субјективитета. С друге стране може се рећи да се ради о јединственом примеру „сукцесије одговорности“.

Једино остаје нејасно, јер то није предвиђено у наведеном Нацрту правила Комисије, да ли ће новостворена влада одговарати за сваку насталу штету или ће и за њу постојати извињавајуће околности, преко којих ће моћи да буде ослобођена одговорности. Може

[70] Вид. League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee, vol. III: Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners (document C.75.M.69.1929.V), 108.

[71] Draft art.s on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty third session (2001), art. 10.

се закључити према аналогији да уколико такво правило важи за редовне случаје у погледу отклањања одговорности, онда би требало да се примењује и у случајевима новостворених држава после насилних промена власти.

Поводом другог случаја, у ствари, долази до промене субјективитета, у смислу да се на делу територије успоставља нови облик власти који преузима одговорност за повреду правила међународног права до кога је дошло услед деловања снага које су успоставиле такву власт. Претходна власт на односној територији није одговорна за такве повреде, већ се однос повређеног успоставља са новим субјектом.

Уколико, међутим, не дође до формирања нове власти на таквој територији, онда ће приписивост постојећој власти бити успостављена уколико је држава одговорна према правилима унтрашњег права, уколико је очигледно да се ради о прекорачењу надлежности државног органа, у случајевима када је активном или пасивном радњом државног органа узрокована немогућност заштите права страног држављанина због чега је претрпео штету.[72]

У ставовима аутора може се видети једнодушан закључак да је основ приписивости у континуитету између покрета и нове власти или државе као такве. То не произлази из појединачних радњи чланова покрета, већ у деловању покрета као таквог.

С друге стране, уколико су неки акти почињени од стране државних органа претходног суверена на одређеном делу неке територије и тиме је причињена штета другој држави или њеном грађанину, онда би за такве акте морала да одговара држава чији су органи деловали, без обзира на то што је простор на коме су се акти догодили сада изван надлежости односне државе.

Идеја по којој је конципирано правило у Нацрту одредаба о одговорности држава, заснива се на потреби очувања правне сигурности и заштите имовине страних држава и грађана у било којој ситуацији. Овде је систем норми постављен тако да се, чак и пошто постоји промена субјективитета, ипак успостави приписивост аката било према старој власти, било према новоуспостављеној власти на одређеној територији.

3. ЗАКЉУЧАК

Са развојем међународног права прошириван је број случајева када ће постојати приписивост држави. У почетку се сматрало прихватљивим да држава одговара само за директне радње својих ор-

[72] J. Crawford, 106.

гана, да би се основи приписивости проширили и на случајеве када они делују *ultra vires*. Касније су основи проширени и у ситуацијама када приватна лица начине штету другој држави или држављанима. На тај начин се све више смањује круг случајева поводом којих ће нека повреда правила међународног права или нека штета која је настала за страну државу остати некажњена. Зато се приписивост намеће као кључни услов код одговорности државе у међународном праву. Држава ће бити одговорна и уколико нема материјалне штете, па чак и онда када није дошло до повреде норме међународног права (безделиктна одговорност). Но, уколико се за неке акте не успостави приписивост која је усмерена ка некој држави, онда неће бити ни одговорности. Из напред наведених разлога намеће се закључак да основи за приписивост аката држави у смислу одговорности у међународном праву, због свог великог значаја, морају бити лимитативно наведени. Такав приступ применила је и Комисија за међународно право, али се проблеми и потешкоће јављају у сфери примене ових основа пре свега пред Међународним судом правде. Ово се посебно види код приписивања у слуачају *ultra vires* поступања државних органа и поводом приписивања за акте приватних лица.

Dr. Bojan Milisavljević

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ATTRIBUTABILITY AS A CONDITION OF STATE LIABILITY IN INTERNATIONAL LAW

Summary

There may not be state liability for wrongful act if the act concerned is not attributable to the State. The issue of attributability is quite complex, as the individuals may have gone beyond the limits of authority bestowed upon them by the State, or their connection to the State may be restricted. The author examines the concept of attributability in international law, focusing on the traditional grounds of attributability, and critically inspecting justification for its newer grounds. In that regard, the author analyzes a number of cases before the International Court of Justice, and the work of the International Law Commission.

Key words: *Attributability of wrongfull act. – State liability. – International Court of Justice. – International Law Commission.*

УДК 347.954:351.824.11

Др Никола Бодирога*

ИЗВРШНИ ПОСТУПАК ЗА НАПЛАТУ ПОТРАЖИВАЊА ПО ОСНОВУ ИЗВРШЕНИХ КОМУНАЛНИХ И СЛИЧНИХ УСЛУГА

Предмет овог чланка је посебан извршни поступак за наплату потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга. Анализирају се разлози за увођење овог поступка, али и његове специфичности, односно одступања од режима општег извршног поступка на основу веродостојне ис праве. Иако је поступак уведен да би се судови растеретили извршних предмета који се односе на наплату комуналних услуга, те да би се повећала стопа њихове наплате, бројни су разлози којима се ови циљеви доводе у питање. Одузимање надлежности суду и прописивање искључиве надлежности извршитеља да дозвољава извршење у овим предметима, као и привилеговање државних предузећа чини овај поступак спорним с аспекта принципа утврђених Уставом Србије и чл. 6(1) Европске конвенције за заштиту људских права и основнх сло бода. Празнине у домену правних лекова учиниће га неефикасним.

Кључне речи: *Потраживања за извршене комуналне и сличне услуге. При вилеговани извршни повериоци. Правни лекови. Искључива надлежност извршитеља.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Сваки судски поступак, па и извршни, претпоставља, с обзиром на захтеве који му се намећу, један изузетно сложен механизам. Пут до крајњег циља, а то је намирење извршног повериоца, мора бити што једноставнији, тако да постоји тенденција ка упрошћавању извршног поступка, тј. начело економичности је овде још више изражено него што је то случај са парничним поступком. Извршни поступак има за циљ да се правно стање, тј. стање утврђено извршним

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *bodiroga@ius.bg.ac.rs*

насловом изједначи са фактичким стањем. Извршни поступак се заснива на већ утврђеном правном стању, које спровођењем одређених процесних делатности треба да постане и фактичко стање. То значи да се извршним поступком заправо заокружује систем пружања правне заштите.

Обавеза гарантовања права на правну заштиту је данас подигнута на ниво уставног принципа. Свако има право да независан, непристрасан и законом установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега (чл. 32, ст. 1 Устава Србије). Јемчи се једнака заштита права пред судовима и другим државним органима имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе (чл. 36, ст. 1 Устава Србије). Из цитираних одредби изводи се процесноправно (јавноправно) овлашћење правног субјекта да позове у помоћ механизам судске заштите ради остварења својих права. Ово право обухвата три важна сегмента: 1) право на доношење одлуке у правној ствари од стране надлежног органа, 2) право на доношење одлуке о провизорној заштити када су за то испуњени услови и 3) право на извршење, тј. на принудну реализацију судском одлуком признатих права, путем средстава државне принуде.[1] Овим су јасно издвојени различити аспекти права на правну заштиту. Сам смисао правне заштите се коначно исцрпљује извршењем судске одлуке којом је одлучено у грађанскоправном спору. Тиме се поновно успоставља правни мир, надокнађује евентуално проузрокована штета и потврђује поредак објективног права.[2]

Право на принудно извршење судске одлуке, као и сваке друге извршне исправе, представља дериват права на тужбу, па одатле свако ускраћивање реализације извршног наслова представља повреду чл. 6(1) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: ЕКЉП). Наиме, на извршни поступак се примењује и гарантија окончања поступка у примереном року. Дакле, из самог појма права на тужбу произилази да извршење правноснажне судске одлуке чини његов саставни део.[3]

Само право на правну заштиту, без могућности ефикасног извршења судских одлука, остало би мртво слово на папиру. Право на извршење судске одлуке мора бити гарантовано у једнакој мери као и само право на доношење одлуке. Тек успешним завршетком

---

[1] Вид. Nikolas Klamaris, „Zum Stand des griechischen Zwangsvollstreckungs rechts eine zusammenfassende Skizze“, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 4/2008, 476.

[2] *Ibid.*

[3] Вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 89, 793.

извршног поступка се употпуњује право на правну заштиту. Када држава не би била гарант извршења судских одлука, овај најважнији стадијум права на правну заштиту би био препуштен слободној вољи правних субјеката.[4]

Извршни поступак већ неколико деценија представља најслабију карику у процесу заштите субјективних грађанских права. У том смислу су често спровођене законодавне интервенције, а како би се обезбедило да потраживања утврђена судским пресудама и другим извршним и веродостојним исправама буду реализована. У протеклих сто година сменило се пет закона којима се уређивао извршни поступак, а у тренутку писања овог рада формирана је Радна група која ће предложити измене Закона о извршењу и обезбеђењу (даље: ЗИО),[5] иначе усвојеног прошле године. Разлог за усвајање ЗИО су биле све чешће пресуде Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП),[6] али и Уставног суда Србије (даље: УСС),[7] којима су утврђиване повреде права на суђење [извршење судске пресуде мора бити третирано као интегрални део права на суђење у смислу чл. 6(1) ЕКЉП][8] у разумном року (и нешто ређе повреде права на правично суђење[9]) у извршном поступку. У већини пресуда ЕСЉП као главни кривац за споро и неефикасно извршење је апострофирана држава, односно предузећа под њеном контролом.[10] Други чланови ЕКЉП су такође од значаја за извршни поступак, нпр. потраживање утврђено правноснажном и извршном судском пресудом се сматра имовином у

---

4 Вид. Walter Rechberger, Paul Oberhammer, *Exekutionsrecht*, Беч 2009,4; Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Извршно процесно право*, Ниш 2012, 5, Ранко Кеча *Грађанско процесно право*, Београд 2011, 435, Михајло Дика, *Грађанско овршно право*, Загреб 2007, 11.

5 Закон о извршењу и обезбеђењу ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/11.

6 Дамњановић против Србије, пресуда ЕСЉП од 18. новембра 2008. године (§§ 80 82), Чех против Србије, пресуда ЕСЉП од 1. јула 2008. године (§§ 56 58), Кин Стиб и Мајкић против Србије, пресуда ЕСЉП од 20. априла 2010. године (§§80 86), European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22,* 20. фебруар 2012.

7 Одлуке Уставног суда Србије Уж. 2260/2010 од 30. септембра 2010.године. Уж. 2938/2010 од 3. марта 2011. године, Уставни суд Србије, База судске праксе, *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35*/, 1. јун 2012.

8 Hornsby против Грчке, пресуда ЕСЉП од 19. марта 1997. године, (§ 40), European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22,* 10. март 2011.

9 Вид. Одлуку Уставног суда Србије, Уж.1141/2008 од 13. маја 2010. године. Уставни суд Србије, База судске праксе, *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35*/, 1. јун 2012.

10 Качапор и други против Србије, пресуда ЕСЉП од 15. јануара 2008. године (§ 114), European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 15. фебруар 2012.

смислу чл. 1 Првог протокола уз ЕКЉП,[11] извршење судске одлуке тангира и чл. 8 ЕКЉП, али анализа њиховог утицаја на извршни поступак није предмет овог рада.

Сам законодавац је, пак, извео закључак како разлоге за неуспешно извршење треба тражити у суду као, до доношења ЗИО, централном органу извршног поступка, односно у преоптерећености суда извршним предметима. То је био кључни аргумент за формирање извршитељске службе, односно за увођење извршитеља као новог органа извршног поступка. Додуше, нити ЕКЉП у својим одредбама, нити ЕСЉП у својим пресудама, нити Савет Европе не приморавају државе чланице да уведу приватне извршитеље. Оно што су државе дужне да обезбеде јесте да сам извршни поступак задовољава гаранције утврђене одредбама ЕКЉП, односно стандардима из пресуда ЕСЉП.[12]

Начин на који су уведени извршитељи јесте редак у упоредном праву. Већина држава се определила за постојање или судског или приватног извршитеља, док је Србија уводећи приватне извршитеље истовремено задржала и судске извршитеље као неку врсту транзиционог решења, при чему би само пракса могла да дâ коначну оцену који је од ова два система бољи. Да ли ће извршење спроводити суд преко судског извршитеља или приватни извршитељ, зависи од диспозиције извршног повериоца. Извршење и обезбеђење одређује суд ако овим законом није другачије одређено, а спроводи га суд или извршитељ (чл. 2, ст. 2 ЗИО). Додуше, суд је искључиво надлежан за спровођење извршења у вези с породичним односима и за извршење ради враћања запосленог на рад (чл. 3, ст. 2 ЗИО). У другим ситуацијама постоји паралелизам и конкурентна надлежност. У предлогу за извршење се мора назначити да ли ће извршење спроводити суд или извршитељ (чл. 35, ст. 6 ЗИО). Законодавац допушта да извршни поверилац промени свој првобитни избор. Тако суд обуставља извршење између осталог и када је поступак извршења започет код извршитеља, ако извршни поверилац промени избор о начину спровођења извршења тако што предложи да извршење спроведе суд (чл. 76, ст. 2 ЗИО). Обрнуту ситуацију ЗИО не уређује, мада је јасно да ће она бити много чешћа у пракси, јер ће повериоци, незадовољни спорошћу судског извршења, хтети да им извршење спроведе извршитељ.

---

[11] А. Гргић *et al*. *Право на имовину према Европској конвенцији о људским правима*, Београд 2009, 13.

[12] Број држава чланица Савета Европе које се опредељују за увођење приватних извршитеља у различитим формама јесте у порасту, али је довољно напоменути да СР Немачка и Аустрија на чија се решења у области грађанског процесног права често угледамо, и даље истрајавају на традицији судског извршног поступка.

Пре доношења ЗИО, у Првом основном суду (извршно одељење) број извршних предмета који су се односили на наплату потраживања за извршене комуналне услуге се мерио милионима.[13] Иначе је извршење на основу веродостојних исправа у пракси доста проблематично и без обзира на примат који су судови давали потраживањама по основу комуналних услуга, законодавац је хтео да се тим поступком посебно позабави. Отуда Пети део ЗИО носи назив „Посебни поступак за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга". Идеја је била да овај поступак буде сумаран, уз брзо намирење, под условом да не настане спор, и да се судови растерете ових предмета. То је условило одређене карактеристике којима се одступа од општег извршног поступка на основу веродостојне исправе (иначе и самог веома проблематичног због честог претварања овог поступка у парнични поступак).

2. СПЕЦИФИЧНОСТИ ПОСТУПКА

2.1. Поље примене

Већ сам назив овог средства извршења оставља много недоумица. Шта се подразумева под комуналним и сличним услугама? На првом месту теба консултовати Закон о комуналним делатностима (даље: ЗДК).[14] Комуналне делатности у смислу овог закона су делатности пружања комуналних услуга од значаја за остварење животних потреба физичких и правних лица код којих је јединица локалне самоуправе дужна да створи услове за обезбеђење одговарајућег квалитета, обима, доступности и континуитета, као и надзор над њиховим вршењем (чл. 2, ст 1 ЗКД). Комуналне делатности су делатности од општег интереса (чл. 2, ст. 2 ЗКД), као: 1) снабдевање водом за пиће; 2) пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода; 3) производња и дистрибуција топлотне енергије; 4) управљање комуналним отпадом; 5) градски и приградски превоз путника; 6) управљање гробљима и погребне услуге; 7) управљање јавним

---

[13] Основни судови са територије Вишег суда у Београду преузели су од ранијих општинских судова на дан 1.1.2010. године укупно 1.681.005 предмета извршења, и то: Први основи суд у Београду укупно 1.642.556 предмета од којих је 20.254 предмета извршења на основу извршне исправе (у даљем тексту: И предме ти), а 1.622.302 предмета извршења на основу веродостојне исправе (у даљем тексту Ив предмети). 2011. годину судови су започели са 1.928.698 нерешених предмета извршења од којих 25.344 И предмета и 1.903.354 Ив предмета. 2012. годину основ ни судови започели са 1.382.284 нерешених извршних предмета од којих је 30.109 И предмета и 1.352.175 Ив предмета. Вид. *Извештај о раду извршних одељења основ них београдских судова* који је сачинила Управа Вишег суда у Београду.

[14] Закон о комуналним делатностима ЗКД, *Службени гласник РС*, бр. 88/11.

паркиралиштима; 8) обезбеђивање јавног осветљења; 9) управљање пијацама; 10) одржавање улица и путева; 11) одржавање чистоће на површинама јавне намене; 12) одржавање јавних зелених површина; 13) димничарске услуге; 14) делатност зоохигијене (чл. 2, ст. 3 ЗКД). Комуналне делатности из ст. 3, тач. 1–4 овог члана су делатности од општег економског интереса у смислу прописа о заштити потрошача (чл. 2, ст. 4 ЗКД). Скупштина јединице локалне самоуправе може као комуналне одредити и друге делатности од локалног интереса и прописати услове њиховог обављања, у складу са ст. 1 овог члана (чл. 2, ст. 5 ЗКД). „Сличне комуналне услуге, биле би оне које се у складу са комуналним делатностима врше у општем интересу, тј. интересу шире друштвене заједнице, а која се најчешће поклапа са територијом локалне самоуправе (град, општина). У том смислу услуге испоруке електричне енергије, јавног превоза, те телефонске услуге спадају у комуналне услуге, односно услуге сличне комуналним услугама“.[15]

2.2. Покретање поступка и одлуке

У поступку за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга сходно се примењују одредбе овог закона ако одредбама чл. 252–256 овог закона није другачије прописано (чл. 251 ЗИО). Предлог за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга подноси се извршитељу на чијем подручју се налази седиште извршног повериоца (чл. 252, ст. 1 ЗИО). Опште правило на којем се заснива месна надлежност у извршном поступку полази од пребивалишта, односно седишта извршног дужника. Суд надлежан за одређивање извршења или обезбеђења је суд на чијем подручју извршни дужник има пребивалиште или боравиште, односно седиште ако овим законом није другачије одређено (чл. 3, ст. 3 ЗИО). Одступање од опште месне надлежности у парничном поступку (иначе засноване на пребивалишту, односно седишту туженог) и прописивање посебних месних надлежности где се поред општег форума тужиоцу даје право да тужбу поднесе и форуму елективне (изборне) месне надлежности (која се може везивати и за пребивалиште тужиоца), је у парничном поступку мотивисано потребом да се заштити страна која је у материјалноправном односу слабија.[16]

---

[15] *Двадесето саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Београд 2012, Извршење и обезбеђење, питање 136, 186.

[16] Као илустрацију ове тврдње можемо навести члан 43 став 1 ЗПП: „За суђење у споровима о законском издржавању, ако је тужилац лице које тражи издржавање, поред суда опште месне надлежности, надлежан је и суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште, односно боравиште.“ Имајући у виду која лица по материјалном праву испуњавају услове за законско издржавање, циљ прописивања посебне над

Овде је намера управо супротна, јер се привилегује страна која је јача у материјалноправном односу. То ствара и друге проблеме. Наиме седиште великих система који ће се користити овим средством извршења је у Београду, а извршитељ који ће закључком дозволити извршење такође има седиште у Београду. Када је реч о спровођењу извршења, извршитељ спроводи извршење на основу решења суда за чије подручје именован, ако законом није другачије прописано (чл. 4, ст. 1 ЗИО). Уколико предузима радње спровођења извршења на основу решења суда из ст. 1 овог члана изван подручја за које је именован, ове радње може предузети лично или преко извршитеља са другог подручја (чл. 4, ст. 2 ЗИО). Само именовање извршитеља се, међутим, не спроводи равномерно на територији РС, па постоје подручја на којима није именован ниједан извршитељ. Због тога, када се ради о мањим потраживањима, извршитељ који је дозволио извршење неће бити мотивисан да креће у наплату потраживања које је несразмерно мало у односу на трошкове његовог ангажовања, с обзиром на то да дужник може имати пребивалиште, односно седиште у неком удаљеном граду. У овом поступку извршитељ именован нпр. за подручје Првог основног суда у Београду и Привредног суда у Београду дозвољава извршење ако се седиште извршног повериоца (нпр. оператера мобилне телефоније) налази у Београду, али сам дужник може имати пребивалиште у неком другом граду (јер се у извршном поступку за наплату потраживања по основу комуналних услуга надлежност извршитеља за дозволу и спровођење извршења одређује према седишту извршног повериоца, а не извршног дужника). То значи да се може десити, и већ се дешава, да извршитељ чија је надлежност у поступку за наплату потраживања по основу комуналних услуга одређује, односно дозвољава извршење и против извршног дужника иако он нема пребивалиште на територији на којој се простире надлежност извршитеља. У том случају, несразмера између вредности потраживања и трошкова његове реализације ће дестимулишуће деловати на поступање извршитеља.

Уз предлог за извршење из ст. 1 овог члана, поред прилога прописаних у чл. 35 овог закона, извршни поверилац је дужан да достави и писмени доказ да је пре подношења предлога за извршење опоменуо извршног дужника да изврши обавезу (чл. 252, ст. 2 ЗИО). Извршитељ закључком одлучује о предлогу за извршење (чл. 253, ст.

лежности која се у овом случају везује за пребивалиште тужиоца, јесте да се тим особама омогући остваривање њиховог права под што лакшим условима. Више о овоме вид. Срећко Цуља, Синиша Трива, *Коментар Закона о парничном поступку*, Загреб 1957, 115. Да је постојање елективних месних надлежности у парничном поступку условљено потребом заштите права слабије странке сматрају и Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 98 и Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 70.

1 ЗИО). Недозвољен и неуредан предлог извршитељ ће закључком одбацити (чл. 253, ст. 2 ЗИО). Неоснован предлог извршитељ ће закључком одбити (чл. 253, ст. 3 ЗИО). Ако су испуњени услови из чл. 18 овог закона, извршитељ ће закључком извршном дужнику наложити да у року од осам дана од пријема закључка измири потраживање заједно са одмереним трошковима и одредити извршење ради остваривања тих потраживања (чл. 253, ст. 4. ЗИО). Закључак из ст. 1–4 овог члана извршитељ ће донети у року од осам дана од пријема предлога (чл. 253, ст. 5 ЗИО). Закључак се доставља извршном повериоцу и извршном дужнику (чл. 253, ст. 6 ЗИО).

Суд закључком одређује спровођење извршења и управља поступком, а извршитељ који је подређен суду у свом раду, може закључке да доноси и у другим случајевима предвиђеним овим законом. Један од тих „других" случајева јесте и дозвољавање извршења (истовремено утврђивање потраживање и одређивање средства извршења) када је у питању наплата потраживања по основу комуналних и сличних услуга. Како се овим закључком одлучује о самом потраживању и начину наплате потраживања, упркос општем правилу по којем против закључка није дозвољен правни лек (чл. 39, ст. 7 ЗИО), овде се мора направити одступање због природе овог закључка извршитеља који је истовремено и извршна исправа и решење о извршењу.

2.3. Правни лекови

Против закључка којим се утврђује обавеза извршног дужника и одређује извршење, извршни дужник може изјавити приговор из следећих разлога: 1) да се веродостојна исправа не односи на извршног дужника; 2) да обавеза из веродостојне исправе није доспела, односно да услов није испуњен; 3) да је обавеза извршена или на други начин престала, у целини или делимично; 4) да је потраживање застарело. Извршни дужник је дужан да уз приговор достави писмене исправе којим доказује наводе из приговора (чл. 254, ст. 2 ЗИО). Разлози за приговор су уређени по принципу затвореног броја (*numerus clausus)*. Тиме је ЗИО одступио од својих претходника који су прописивали да се приговор, односно правни лек, могао изјавити из свих разлога који спречавају извршење, при чему су само неки навођени у закону (*exempli causa)*. Од извршног дужника се тражи да разлоге за приговор доказује писаним исправама, али се те исправе морају обезбедити у року од пет радних дана, што је кратак рок који не уважава специфичности сваког извршног предмета.

Приговор нема суспензивно дејство (чл. 254, ст. 3 ЗИО), што значи да је могуће да суд утврди да је закључак незаконит након што је

извршење већ спроведено. Правноснажност није услов за спровођење решења о извршењу, осим ако је законом другачије одређено (чл. 68 ЗИО), а пракса показује да се оно што је једном наплаћено тешко може повратити по предлогу за противизвршење. Цео поступак извршења ради наплате потраживања по основу комуналних и других сличних услуга је конструисан тако да се привилегују одређене категорије поверилаца (јавна предузећа и компаније које врше комуналне и друге сличне услуге). На то упућују и друге одредбе којима се уређује поступак по приговору. О приговору одлучује веће суда на чијем се подручју налази седиште извршног повериоца (чл. 256, ст. 1 ЗИО).

Ако извршни дужник или извршни поверилац изјаве приговор, извршитељ ће списе доставити суду уз нацрт одлуке о приговору, у року од пет радних дана од пријема приговора. Ако је нацрт одлуке тако састављен да потпуно одговара решењу које би се имало донети, суд ће на нацрт одлуке о приговору ставити отисак штамбиља којим се предложени нацрт одлуке усваја. Нацрт одлуке са отиском штамбиља суда има правну снагу решења о извршењу (чл. 256, ст. 2 ЗИО). Дакле, извршитељ сачињава нацрт одлуке о приговору и тиме заправо врши квазисудска овлашћења што је спорно, ако се узму у обзир одредбе ЗИО о његовом именовању, одредбе којима се не дозвољава подношење захтева за изузеће извршитеља (чл. 6 ЕКЉП прописује да се гаранције непристрасног одлучивања примењују на сваки орган који одлучује о субјективним грађанским правима и обавезама, па код ове врсте извршења, то би се морало примењивати и на извршитеља), а сам суд ће пошто утврди да је нацрт одлуке тако састављен да потпуно одговара решењу које би се имало донети (а имајући у виду број предмета извршења ради наплате потраживања пред извршним одељењем Првог основног суда у Београду, као највећег извршног суда у земљи, тешко да ће суд увек детаљно проверавати ову усклађеност), ставити отисак штамбиља којим се предложени нацрт одлуке усваја.

Шта значи одредба по којој се нацрт одлуке са отиском штамбиља по правној снази изједначава се решењем о извршењу, остаје нејасно, ако се има у виду да извршитељ у нацрту може сугерисати усвајање приговора извршног дужника. У даљем току поступка примењују се одредбе чл. 48 и 49 ЗИО, тј. одредбе по приговору против решења о извршењу на основу веродостојне исправе у зависности од опсега оспоравања тог решења. Ова одредба у потпуности осликава бесмисао овог „посебног“ поступка извршења. Ако нацрт одлуке о приговору са штамбиљом суда има правну снагу решења о извршењу, а на даљи ток поступка се примењују одредбе о приговору против решења о извршењу на основу веродостојне исправе

(чл. 48 и 49), што значи да против решења о извршењу приговор у том случају има суспензивно дејство, поставља се питање постигнутог ефекта прописивањем једног оваквог поступка. Најпре, приговор против закључка извршитеља нема суспензивно дејство (чл. 254, ст. 3 ЗИО), потом се говори о нацрту одлуке о приговору који саставља извршитељ, који ако одговора одлуци коју би суд донео има правну снагу решења о извршењу (под условом да је на нацрт одлуке стављен штамбиљ суда), а онда се примењују одредбе о суспензивном приговору против решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Иако се хтело да поступак буде бржи, услед овако формулисаних одредби биће само компликованији и опет ће, као уосталом и извршење на основу веродостојне исправе, водити преласку у парницу.

2.4. Прелазни режим

Једна дилема се јавила у судској пракси, а везана је за ово средство извршења. Наиме, одређивање и спровођење извршења ради наплате потраживања по основу комуналних и других сличних услуга везано је у потпуности за извршитеља. У питању је искључива надлежност. Одредбе ЗИО које се односе на извршитеље примењују се по истеку једне године од дана ступања на снагу закона (тј. маја 2012). У међувремену поставља се питање примене одредби ЗИО о намирењу потраживања по основу комуналних и других сличних услуга. Конфузију је унела одредба чл. 359, ст. 6 ЗИО: „До почетка рада извршитеља послове за које су по овом закону надлежи извршитељи обавља суд“.

Послови које обавља извршитељ дефинисани су чланом 325 ЗИО. Међу њима је и овлашћење извршитеља да поступа по предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и других сличних услуга (чл. 325, тач. 2 ЗИО). Поставило се питање да ли до почетка рада извршитеља судови када одређују извршење ради наплате потраживања по основу комуналних и других сличних услуга примењују одредбе главе ЗИО која то уређује или се поступа по одредбама о извршењу ради наплате потраживања по основу веродостојне исправе. Ипак, чини се да овде дилеме не би требало да буде, јер једном када извршитељи почну са радом, њихова надлежност за наплату потраживања по основу комуналних и других сличних услуга ће бити искључива. Тада би предлог за извршење који би био поднет суду морао да буде одбачен као недопуштен. До тада суд може да обавља послове који су предвиђени као надлежност извршитеља, али с изузетком овог средства извршења, све друге послове и након почетка примене одредаба ЗИО које се односе на извршитеље, moћи

ће да обављају и суд и извршитељи. У свим другим пословима осим овог средства извршења предвиђени су паралелизам и конкуренција. Ово средство извршења, тј. одредбе којима се оно уређује, моћи ће да се примењују тек када почну са радом извршитељи, јер ће то бити њихова искључива надлежност. Ако би судови до почетка рада извршитеља примењивали одредбе ЗИО којима се уређује ово средство извршења, морали би да примењују и правила поступка предвиђена за то средство извршења, па би тако приговор против решења о извршењу имао несуспензивно дејство (супротно чл. 49, ст. 2 ЗИО). Поставило би се питање ко би о том приговору одлучивао, али и низ других питања која би створила проблеме. Извршење ради наплате потраживања по основу комуналних и сличних услуга је по процесним одредбама осмишљено тако да се готово цео поступак концентрише код извршитеља. Зато не само да се одредбе ЗИО о извршитељу примењују годину дана од дана ступања на снагу ЗИО, већ то важи и за одредбе којима се уређује наплата комуналних и сличних потраживања, јер је ту надлежност извршитеља искључива, и даном почетка примене тих одредби престаће надлежност суда (са изузетком правних лекова) да поступају у овом средству извршења.

„Одредбама чл. 251–256 ЗИО, регулисан је посебан поступак за намирење потраживања по основу комуналних услуга. Реч је о поступку за који су надлежни извршитељи, и исти ће се примењивати од тренутка када са радом почну извршитељи. Наведене одредбе се не примењују у поступку извршења на основу веродостојне исправе, пред Основним или Привредним судом. Наведено из разлога, јер је поступак прописан и предвиђен искључиво за извршитеље и уређен на другачији начин, него поступак за извршење на основу веродостојне исправе. У том смислу, уз веродостојну исправу се доставља и писмени доказ да је пре подношења предлога за извршење извршни дужник опоменут да изврши обавезу, а у складу са чл. 252, ст. 2 ЗИО, те су прописани другачији разлози за приговор, у чл. 254 у односу на разлоге за приговор из чл. 46 ЗИО, и што је најзначајније приговор против закључка извршитеља не одлаже извршење, док приговор код извршења на основу веродостојне исправе, осим када је у питању меница, одлаже извршење. Такође, сам поступак о приговору на одлуку – закључак извршитеља, је сасвим другачије коципиран него поступак по приговору на решење на основу веродостојне исправе. Стога се одредбе чл. 251–256 ЗИО примењују тек од тренутка када с радом почну извршитељи“.[17] У члану 252 Закона прописано је да је поверилац дужан да достави доказе да је опоменуо дужника о обавези, а то је поступак који се примењује од стране извршитеља по посебним одредбама. Пре почетка рада извршитеља и за ове врсте

[17] *Двадесето саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Бео град 2012, Извршење и обезбеђење, питање 137, 187.

услуга примењује се редовни поступак у коме је у чл. 18, ст. 4 Закона, када се ради о рачуну као веродостојној исправи, прописана слична обавеза. Поверилац не би био дужан да доставља наведени писмени доказ само уколико предлог подноси на основу извода из пословних књига“.[18]

Овај прелазни режим је изазвао и друге проблеме. Бројни извршни предмети који се односе на наплату потраживања по основу комуналних услуга су се у тренутку почетка рада извршитеља налазили у суду. Како су извршитељи ступили на дужност, тиме се отворило питање решавања тих предмета. У питању је искључива надлежност извршитеља, а сам законодавац није решио овај проблем у прелазним и завршним одредбама. Судови би могли да се огласе ненадлежним и да те предмете доставе извршитељима, што би отворило питање сношења трошкова за радње извршења које су до тог тренутка предузете. Друго решење би се заснивало на диспозицији извршног повериоца. Тек ако би он то затражио, предмет би се уступио извршитељу. Друго решење није у складу с намером законодавца да наплата потраживања по основу комуналних услуга буде у искључивој надлежности извршитеља.

Овој конфузији је додатно допринео Врховни касациони суд (даље: ВКС). У поступку решавања спорног правног питања по захтеву Првог основног суда у Београду заузет је следећи правни став: „У поступцима извршења на основу веродостојне исправе ради намирења потраживања по основу комуналних и сличних услуга пред судом, где је предлог за извршење поднет пре 1.6.2012. године, тј. пре започињања рада извршитеља, суд задржава надлежност. Суд не може обуставити извршење и укинути спроведене извршне радње по предлогу извршног повериоца који предлаже да извршење спроведе извршитељ, иако се тиме не дира у стечена права трећих лица, у поступцима започетим пре 1.6.2012. године“.[19] У образложењу се, поред цитирања законских одредби, наводи и следеће: „До 1.6.2012. године извршни поверилац једино је и могао поднети предлог за спровођење ове врсте извршења у суду. Уколико би се стало на становиште да суд не може задржати надлежност у започетим поступцима, те да обустави поступке и препусти извршним повериоцима могућност да поднесу нове предлоге за спровођење извршења сада надлежном извршитељу, неефикасност рада државног органа, омогућила би постојања252 неделетворног правног лека у периоду од дана подношења предлога за извршење, што би представљало и кршење права на

[18] *Двадесето саветовање судија привредних судова Републике Србије*, Београд 2012, Извршење и обезбеђење, питање 138, 188.

[19] Правни став Грађанског одељења ВКС са седнице од 25. септембра 2012. године, Врховни касациони суд, Правна схватања, ставови и закључци, *http://www.vk.sud.rs/pravno shvatanje spp 812.html*, 10. октобар 2012.

делотворни правни лек из чл. 13 Европске конвенције о људским правима. У већем броју предмета, потраживања би постала застарела. Стога, започети поступци без обзира у којој фази, сходно чл. 358, ст. 1 ЗИО, окончаће се пред судом по одредбама тог закона.

Законодавац није имао интенцију да се велики број започетих поступака пред судом обустављају због будуће искључиве надлежности извршитеља. Да је то била његова воља, била би регулисана и посебном одредбом, као што је учињено у вези надлежности за одлучивање по правним лековима (чл. 358, ст. 2). На то указује и чл. 252, ст. 1 ЗИО, да овај посебни поступак започиње пред извршитељем подношењем управо њему предлога за извршење. Чл. 3, ст. 6 ЗИО предвиђа да суд пред којим је поступак покренут задржава надлежност и када је овим законом прописана надлежност више судова. Закон не даје конкретан одговор у погледу задржавања надлежности суда, када је започео са радом извршитељ. Чл. 70, ст. 1 ЗИО предвиђа да се поступак спровођења извршења од стране извршитеља покреће предлогом извршног повериоца. Ни у овој одредби није предвиђена могућност да се поступак спровођења извршења од стране извршитеља може започети на неки други начин. Чланом 76, ст. 2 ЗИО предвиђено је да ако је поступак извршења започет код извршитеља, поступак извршења пред извршитељем ће се обуставити, ако извршни поверилац промени избор о начину спровођења извршења, тако што предложи да извршење спроведе суд. Закон не садржи одредбу која предвиђа да извршни поверилац може да промени избор о начину спровођења извршења, тако што ће предложити да извршење спроведе извршитељ, а не суд. Ценећи правну природу поступка извршења у конкретном случају, да се посебно жели остварити хитност и делотворност ради остваривања комуналне делатности, било би нецелисходно вршити промену надлежности, која би носила губитак временског рока у постизању ефикасности и брзини спровођења извршења. Држава има право да преузме санкцију, преко свог органа-суда, у употреби принуде у друштву. То чини сам на тражење носиоца повређеног права. Та врста санкције има процесноправну природу и стога се норме закона морају тумачити тако да се обезбеди што ефикаснија и делотворнија процесноправна санкција у заштити и реализацији права, посебно када се на овај начин обезбеђује обављање делатности од општег интереса. И логичко и циљно тумачење законских одредби води истом закључку“.[20]

ВКС у образложењу свог правног става наводи да би немогућност задржавања надлежности од стране судова у овим поступцима омогућила постојање неделотворног правног лека у периоду од дана

[20] *Ibid.*

подношења предлога за извршење, што би представљало и кршење права на делотворни правни лек из члана 13 Европске конвенције о људским правима. Не види се о ком неделотворном правном леку се овде ради. Странке нису ускраћене у праву на изјављивање правног лека. Овде не постоји правни лек чија се делотворност цени, већ једино чињеница да извршни судови нису окончали поступке извршења ради наплате потраживања за извршене комуналне и сличне услуге у разумном року, и да је управо њихова спорост и неефикасност у решавању ових предмета разлог за прописивање посебног поступка за наплату ових потраживања, а који је у надлежности извршитеља. ВКС наводи како би преношење надлежности за решавање ових предмета на извршитеље довело до застарелости, заборављајући да је рок застарелости прекинут подношењем предлога за извршење код надлежног извршног суда. Застаревање се прекида подизањем тужбе и сваком другом повериочевом радњом предузетом пред судом или другим надлежним органом, са циљем утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања (чл. 388 Закона о облигационим односима). ВКС сматра да, када би постојала воља законодавца да се ови предмети препусте извршитељима, то би ЗИО учинио у прелазним и завршним одредбама. Наводи и како ЗИО не предвиђа право извршног повериоца да промени избор о начину спровођењу извршења, тако да уместо суда извршење спроведе извршитељ. Правни став ВКС и његово образложење се заснивају само на језичком тумачењу појединих чланова ЗИО и проблематичном позивању на чл. 13 ЕКЉП у ситуацији у којој нема места његовој примени.

Овакав став ВКС не уважава чињеницу да је извршење ради наплате потраживања по основу комуналних и сличних услуга после 1. јуна 2012. године у искључивој надлежности извршитеља, па се одредбе о задржавању надлежности које прописује ЗПП не могу сходно применити. То није у складу ни са циљем ЗИО да се наплата ових потраживања пренесе приватним извршитељима, нити уважава диспозицију извршног повериоца којем се даје право да одустане од спровођења извршења од стране приватног извршитеља и да оптира за судско извршење (чл. 76, ст. 2 ЗИО), али му се не дозвољава да то исто уради у ситуацији када је незадовољан спровођењем извршења од стране суда, и то када је искључива надлежност приватног извршитеља заснована на закону. Чињеница је да законодавац ту ситуацију није уредио, али то не значи да извршни поверилац нема право да тражи да се извршење започето пред судом настави пред извршитељем, јер је управо растерећење извршних судова био разлог за увођење извршитеља. Правни став ВКС ће само повећати неделотворност и неефикасност извршног поступка за наплату потраживања

по основу комуналних и сличних услуга (дакле управо супротно од онога што се наводи у образложењу правног става ВКС).

Подсећамо на овом месту и на временско важење ЗИО, односно на прелазне и завршне одредбе. Поступци извршења и обезбеђења у којима је до дана почетка примене овог закона започето спровођење извршења окончаће се по одредбама овог закона (чл. 358, ст. 1). Прописујући дејство новог процесног режима на извршења која су започета, а нису спроведена, законодавац је очигледно хтео да избегне паралелну примену ЗИО и његовог претходника. Када је реч о наплати потраживања за извршене комуналне и сличне услуге, прописано је да до почетка рада извршитеља послове за које су по овом закону надлежни извршитељи обавља суд (чл. 359, ст. 6). Задржавањем надлежности судова у предметима наплате комуналних потраживања, а који до почетка рада извршитеља нису окончани, задржава се паралелни режим, јер ће се за наплату истих потраживања спроводити два поступка: 1) општи извршни поступак на основу веродостојне исправе, који ће бити у надлежности суда и где ће приговор одлагати извршење и 2) посебан поступак за наплату потраживања за извршене комуналне и сличне услуге који ће бити у надлежности извршитеља, а где приговор неће имати суспензивно дејство. То није био циљ законодавца и то је у директној супротности с идејом садржаном у прелазним и завршним одредбама ЗИО које смо цитирали.

3. ПРИВИЛЕГОВАНИ ПОЛОЖАЈ ДРЖАВЕ КАО ИЗВРШНОГ ПОВЕРИОЦА

Положај странака извршног поступка се не може поистовећивати са положајем странака парничног поступка. У парничном поступку тужилац и тужени се морају посматрати на једнак начин, јер у тренутку покретања парничног поступка над сфером њиховог спорног грађанскоправног односа још увек лебди неизвесност. Парнични поступак се и води зато да би се та неизвесност отклонила. Његов исход треба да пружи одговор на питање да ли је у праву тужилац који тврди да му је радњама туженог повређено или угрожено субјективно грађанско право или је у праву тужени, који тврди да до повреде није дошло или да повреда не потиче од њега. Због ове неизвесности једнакоправност тужиоца и туженог је неопходна како би се остварило право странака на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права у складу са чл. 2, ст. 1 Закона о парничном поступку.[21] Када је парнични поступак окончан доношењем кондемнатор-

[21] Закон о парничном поступку ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

не пресуде, извршни поступак се води ради присилног остварења потраживања које је њоме утврђено. Извршни поверилац располаже извршном исправом, тј. потврдом о постојању и доспелости његовог потраживања према извршном дужнику, а извршни поступак је само начин намирења тог потраживања. Из овог одређења извршног поступка произилази однос извршног повериоца и извршног дужника.

Међутим, није исти положај свих извршних поверилаца, односно свих извршних дужника. Привилегује се држава, односно јавна предузећа. То произлази из анализе појединих одредаба ЗИО. Првенствено мислимо на поступак извршења ради наплате потраживања по основу комуналних и сличних услуга. Специфичност поступка јесте велика концентрација овлашћења код приватног извршитеља и потискивање улоге суда. Овим погодностима ће се користити пружаоци комуналних и сличних услуга, односно првенствено држава. У извршењу на рачуну извршног дужника учествује организација за принудну наплату, за коју се може очекивати да ће фаворизовати државу као повериоца.

Држава нема исти положај ни као остали дужници.[22] Извршење на средствима на текућем рачуну ради остварења новчаног потраживања према правном лицу, предузетнику и физичком лицу које обавља делатност спроводи се на свим динарским средствима на његовим текућим рачунима и на свим девизним средствима на његовим девизним рачунима, осим оних који су законом изузети од извршења (чл. 183, ст. 1 ЗИО). Извршење које се спроводи против корисника буџетских средстава, када је у предлогу за извршење

[22] Није ЗИО једини процесни закон који привилегује државу. ЗПП прописи вањем обавезне медијације увек када физичко или правно лице намерава да поднесе тужбу против Републике Србије, заправо привилегује државу као тужену странку у парничном поступку. Лице која намерава да поднесе тужбу против Републике Србије, дужно је да пре подношења тужбе Републичком јавном правобранилаштву достави предлог за мирно решавање спора, осим ако је посебним прописом предвиђен рок за подношење тужбе. Предлог за мирно решавање спора мора да садржи све податке из чл. 192 овог закона (чл. 193, ст. 1 ЗПП). Подношењем предлога из ст. 1 овог члана настаје застој рока застарелости у трајању од 60 дана (чл. 193, ст. 2 ЗПП). Ако у року из ст. 2 овог члана Републички јавни правобранилац не одговори на предлог, сматра се да предлог није прихваћен и у том случају лице из ст. 1 овог члана може да поднесе тужбу надлежном суду (чл. 193, ст. 3 ЗПП).Суд ће да одбаци тужбу као недозвољену, ако није поднет предлог из ст. 1 овог члана, односно ако није протекао рок из ст. 2 овог члана (чл. 193, ст. 4 ЗПП). Споразум постигнут између Републичког јавног правобраниоца и лица из ст. 1 овог члана а има снагу извршне исправе (чл. 193, ст. 5 ЗПП). Одредбе ст. 1 5 овог члана сходно се примењују и у случају подношења тужбе против јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе, када се предлог за мирно решавање спора подноси надлежном правобранилаштву, односно овлашћеном заступнику јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе (чл. 193, ст. 6 ЗПП). Одредбе ст. 1 5 овог члана не примењују се ако је посебним законом прописан поступак за мирно решавање спора или медијације, који се односи на спорове са Ре публиком Србијом (чл. 193, ст. 7 ЗПП).

наведен рачун извршења буџета, спроводи се на начин прописан посебним законом (чл. 183, ст. 2 ЗИО). Суд обуставља извршење између осталог и услед смрти странке која нема наследника (чл. 76, ст. 1, тач. 2). Република Србија наслеђује целокупну заоставштину у случају када иза оставиоца нема других наследника нити пуноважног завештања.[23] Наследник одговара за дугове до висине вредности наслеђене имовине (чл. 222 Закона о наслеђивању). Тада би требало дозволити да се настави извршење против Републике Србије, јер би она одговарала за дугове до висине вредности наслеђене имовине. ЗИО, међутим, у тој ситуацији предвиђа да се извршење обуставља (чл. 76, ст. 1, тач. 2). Овако формулисане законске одредбе су директно у супротности са пресудама ЕСЉП које смо на почетку цитирали, а које су небројено пута до сада привилеговање државе као дужника означиле као узрок неразумно дугог трајања извршног поступка.

Интересантно је да се у упоредном праву јављају управо супротне тенденције. У Швајцарској се по истим правилима спроводи извршење, без обзира на то да ли се у улози извршног повериоца јавља правни субјект јавног или приватног права. На тај начин се жели показати једнакост државе и приватних лица у поступку извршења.[24] То се изводи из права свих правних субјеката на закониту, правичну и једнаку правну заштиту (чл. 2, ст. 1 ЗПП у вези са чл. 10 ЗИО). У Немачкој је предлог да се приватним извршитељима повери наплата јавноправних потраживања одбијен, јер не доприноси обезбеђивању једнаких шанси (*Chancengleichheit*) свим извршним повериоцима. Извршним повериоцима који су субјекти јавног права су извори информација о извршним дужницима доступнији, тако да се једнако поступање (*Gleichstellung*) према свим извршним повериоцима јавног и приватног права не може постићи.[25]

Решењима која се односе на наплату потраживања по основу комуналних услуга, одређеној категорији извршних поверилаца се обезбеђује поступак без суда и наизглед бржа наплата потраживања. Дозвола извршења и спровођење извршења у рукама је нове, предузетнички оријентисане правничке професије, која ће сасвим сигурно бити мотивисана да поступа брже и ефикасније, него што су то чинили судски извршитељи. Услуге приватних извршитеља скупље су од услуга судских извршитеља, али су и предузећа која се у овом поступку јављају као извршни повериоци неупоредиво богатија. Сви други извршни повериоци, осим оних који потражују накнаду за из-

[23] Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Бео град 1996, 144.

[24] Вид. Isaac Meier, „Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrecht aus Sicht des schweizerischen Rechts“, *ZZP* 3/2008, 333.

[25] Вид. Hans Friedrich Gaul, „Die erneuete Gesetzesvorlage zur Reform des Ge richtsvollzieherswesen Rechtspolitische Notwendigkeiten, Irrwege und Verfassungsrecht liche Schranken“, *ZZP* 3/2011, 307.

вршене комуналне услуге, слободно бирају да ли ће се обратити суду или приватном извршитељу ради наплате својих потраживања. Повериоци накнада за извршене комуналне услуге цео поступак (дозвола и спровођење извршења) могу једино да покрену код приватних извршитеља.

4. ИСКЉУЧИВА НАДЛЕЖНОСТ ИЗВРШИТЕЉА

У овом контексту најзначајније је питање примене стандарда који проистичу из члана 6 (1) ЕКЉП. Обим примене члана 6 (1) ЕКЉП је тешко прецизно одредити. „Свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном рока пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона". О примени овог члана у извршном поступку се до сада у домаћој литератури није много писало.[26] Као да се превиђа да је за реализацију субјективних грађанских права неопходан не само успешан завршетак парничног поступка, већ и успешно извршење спроведено у разумном року.

У својој пракси ЕСЉП тумачи чл. 6(1) ЕКЉП као „право на правично суђење" при чему је право на приступ суду само један од аспеката овог права.[27] Из угла извршног поступка инсистира се пре свега на разумном року у којем треба да се спроведе поступак извршења. Према становишту ЕСЉП гарантовање права из чл. 6(1) ЕКЉП би било илузорно ако национални правосудни систем не гарантује средства за извршење правноснажне и извршне одлуке. Било би непримерено, ако би у самом чл. 6(1) ЕКЉП детаљно биле описане гарантије за вођење правичног и ефикасног поступка, без обезбеђења ефикасног извршења тако донетих судских одлука. Суд се отуд определио за гледиште према коме је право на ефикасан извршни поступак интегрални део „права на суђење", па стога има места примени чл. 6(1) ЕКЉП.[28] Само постојање „спора" о субјективним грађанским правима и обавезама у духу ЕКЉП не треба да буде тумачено сувише формално већ суштински.[29]

26 У овом часопису вид. Марија Шобат, Ивана Стојшић, „Извршни поступак и повреда права на правично суђење европски контекст и ново српско законодав ство", *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ) 2/*2009, 338 373.

27 Вид. Александар Јакшић, *Коментар ЕКЉП*, Београд 2006, 174.

28 *Hornsby* против Грчке, пресуда ЕСЉП од 19. марта 1997. године, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22,* 10. март 2011 (§ 40).

29 *Estima Jorge* против Португала, пресуда ЕСЉП од 21. априла 1998. године European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22,* 18. август 2011 (§§ 32, 33).

Због тога се у контексту примене гаранција из ЕКЉП парнични и извршни поступак морају третирати као целина, без обзира на то што се ради о одвојеним поступцима са различитим предметима и циљевима, као и без обзира на то што извршни поступак не следи увек након окончања парничног поступка (нпр. дужник је добровољно испунио своју обавезу).[30]

Када се анализира примена чл. 6(1) ЕКЉП у извршном поступку, неколико закључака се морају истаћи: 1) чл. 6(1) ЕКЉП се примењује на поступке у којима се одлучује о грађанским правима и обавезама, тј. на одлуке о материјалноправним питањима, а не на одлуке које се тичу чисто процесних ситуација; 2) није довољан услов за примену чл. 6(1) да се ради о грађанским правима и обавезама, већ је потребно да се ради о когницијском поступку у коме се о тим правима и обавезама одлучује; 3) коначно чл. 6(1) се примењује на одлуке којима се коначно одлучује о грађанским правима и обавезама.

Извршни поступак, чак иако се посматра као наставак поступка из кога потиче извршна исправа, није поступак у коме се доносе одлуке о самим грађанским правима, односно извршни поступак нема когницијски карактер. Ово је тачно са гледишта обеју странака извршног поступка. С аспекта извршног дужника, извршењем се само принудно остварује обавеза, која је утврђена у ранијем судском или другом испитном поступку. Он постојање те обавезе не може оспоравати у извршном поступку (*ne bis in idem*, принцип формалног легалитета), осим ако постоје чињенице на које се није могао позвати у поступку из којег потиче извршна исправа

Потпуна примена чл. 6(1) ЕКЉП би дошла у обзир ако би се у извршном поступку утврђивала субјективна грађанска права и обавезе, што по правилу није случај. Таквом становишту се приклања и Уставни суд Србије.[31] Субјективна грађанска права и обавезе се утврђују у поступку из кога потиче извршна исправа.

Уопштено посматрано, извршни поступак није обележен доношењем одлука којима се утврђују грађанска права и обавезе. Ово нарочито важи уколико се проблем поставља из перспективе извршног дужника: уколико су сва битна питања утврђена извршном исправом, додатно одлучивање суда није потребно. У извршном поступку се, видели смо, по правилу не одлучује ни о материјалноправним овлашћењима извршног повериоца. Међутим, ово не умањује значај

[30] Вид. Никола Бодирога, „Приговор трећег лица у извршном поступку“, *Анали ПФБ* 1/2006, 132.

[31] Одлука Уставног суда Србије Уж. 733/2008 од 16. јуна 2011. године, Устав ни суд Србије, База судске праксе, *http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35*/, 10.јун 2012.

чињенице да је извршни поступак још увек, у већини земаља у којима се примењује ЕКЉП, судски поступак.

Подела између парничног и извршног поступка се заснива на ставу да се у парничном поступку расправља, а у извршном поступку дела. Из тога би се могло закључити да извршни поступак није „поступак у у којем се утврђују субјективна права и обавезе". Наведена одредница извршног поступка се доводи у питање управо када је реч о веродостојним исправама.

Када извршни поступак није покренут само како би се наплатио новчани дуг одређен у фиксном износу, већ се у оквиру извршног поступка прецизно утврђује и величина дуга, онда се спор о субјективним грађанским правима и обавезама коначно решава у извршном поступку, па се чл. 6(1) ЕКЉП има применити као да се ради о парничном или другом когницијском поступку.[32] Овакво становиште се управо може применити и на одређивање извршења на основу веродостојне исправе.

Допуштање извршења на основу веродостојне исправе и правно регулисање овог института има за циљ да допринесе брзом и економичном намирењу повериоца. Тумачењем релевантних законских одредби које уређују овај институт долазимо до закључка да закон одређене исправе прихвата као веродостојне документе. За ове документе важи претпоставка да тачно одражавају правну ситуацију на коју се односе, па због тога имају квалитет правних аката на основу којих се може спровести извршење. То су квалификоване јавне или приватне исправе на основу којих се, без претходно спроведеног когницијског поступка у којем би се утврђивао правни основ обавезе, може покренути извршни поступак ради принудне реализације потраживања садржног у тој исправи. Оне не представљају правни основ обавезе, већ само доказују њено постојање. Сматра се да је оно што је у њима наведено истинито, док се не докаже супротно. Оне често потичу и од самог повериоца који их саставља и подноси суду као доказ за своју тврдњу да има потраживање према дужнику.

Приликом одређивања извршења на основу веродостојне исправе, први пут се утврђује постојање потраживања. Зато решење о извршењу на основу веродостојне исправе има специфичну структуру. Решење о извршењу на основу веродостојне исправе има двојаку правну природу, јер су у њему садржане две одлуке: 1) налог извршном дужнику да плати дуг (обавезујући део решења који се уподобљава извршној исправи, односно платном налогу) и 2) решење којим се одређује принудно извршење ради наплате дуга из става 1 решења.

[32] Silva Pontes против Португала, пресуда ЕСЉП од 23.3.1994.године, Euro pean Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22 respondent%22:[%22SRB%22],%22,* 10. март 2011 (§§ 30 33).

Први део, односно први став изреке се уподобљава извршној исправи, њиме се изриче кондемнација, односно налаже дужнику да исплати дуг. Како се у том случају први пут у извршном поступку одлучује о постојању потраживања, то орган који о њему одлучује мора испунити стандарде из чл. 6(1) ЕКЉП, јер се актом о дозволи заправо одлучује о субјективним грађанским правима и обавезама.[33] Општи поступак извршења на основу веродостојне исправе је у надлежности извршног суда који доноси решење о извршењу.

Основ за наплату потраживања по основу комуналних услуга је исто тако веродостојна исправа, али се предлог за извршење не подноси извршном суду, већ извршитељу. Извршитељ закључком дозвољава извршење, при чему се садржина овог закључка уподобљава садржини решења о извршењу на основу веродостојне исправе. „Суд" у смислу чл. 6(1) ЕКЉП не мора заиста да буде суд, али орган који одлучује мора да осигура остварење гарантија које установљава наведени члан.

Поставља се питање да ли одлучивање од стране извршитеља „о субјективним правима и обавезама" у поступку извршења ради наплате комуналних услуга може да одговори стандардима ЕКЉП. Извршитељ означава физичко лице које именује министар надлежан за правосуђе да у статусу службеног лица спроводи извршење и да врши друга овлашћења која су му поверена (чл. 11, тач. 8 ЗИО). Дакле, ради се о службеном лицу које обавља послове спровођења извршења као поверене послове.

Извршитељ врши јавна овлашћења која су му поверена овим законом (чл. 312, ст. 1 ЗИО). Извршитељ обавља делатност као предузетник или као члан ортачког друштва чији чланови могу бити искључиво извршитељи (чл. 312, ст. 2 ЗИО). Извршитеља именује министар за подручје основног суда и подручје привредног суда (чл. 312, ст. 3 ЗИО). С обављањем послова извршитеља неспојиво је вршење јавне функције, управне или надзорне функције у привредним друштвима, обављање послова обезбеђења, адвоката и других правосудних професија, као и обављање других послова који су неспојиви са обављањем послова извршитеља (чл. 314, ст 1 ЗИО). За извршитеља може се именовати лице које испуњава следеће услове: 1) да је држављанин Републике Србије; 2) да је пословно способно; 3) да је стекло диплому правног факултета; 4) да има најмање две године радног искуства на пословима извршења, односно три године радног исуства на правним пословима; 5) да је достојно да обавља послове извршитеља; 6) да је положило испит за извршитеља; 7) да се над ортачким друштвом чији је он ортак не води стечајни поступак; 8) да се против њега не води истрага за кривично дело, одно-

[33] *Ibid.*

сно да није осуђивано за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које га чини недостојним за обављање послова извршитеља (чл. 313, ст. 1 ЗИО). Достојност за обављање послова извршитеља утврђује се у складу са општеприхваћеним моралним нормама и кодексом професионалне етике извршитеља (чл. 313, ст. 2 ЗИО).

У процени да ли се трибунал који одлучује о правима и обавезама сматра независним (*independent tribunal*, првенствено у односу на странке и извршну власт) ЕСЉП[34] полази од неколико критеријума: начин избора, трајање мандата, постојање гарантија за заштиту од спољних притисака и утисак независности који трибунал оставља. Суштинки елемент те независности јесте немогућност извршне власти да разрешава судије. При том није неопходно да та гаранција постоји у закону државе чланице, ако се она поштује у пракси. Када је реч о непристрасности *(impartial tribunal)*, лична непристрасност чланова трибунала се претпоставља, док се не докаже супротно. Стога је на подносиоцу представке да суду представи доказе о пристрасности чланова трибунала. Приликом процене непристрасности није довољно ослонити се на субјективан утисак, већ се мора узети и сама унутрашња организација трибунала. Чак иако подносилац представке има утисак да чланови трибунала нису сасвим слободни од предрасуда (*free from bias*), без одговарајућих доказа, то није довољно да се ЕСЉП увери да је повређено на право на непристрасан суд.

Поставља се питање да ли извршитељ који доношењем закључка о дозволи извршења на основу веродостојне исправе заправо „утврђује субјективна грађанска права и обавезе" у смислу чл. 6(1) ЕКЉП може да задовољи горе наведене критеријуме. Извршитеља именује министар надлежан за правосуђе, односно извршна власт. У погледу надзора над радом извршитеља министарство има значајна овлашћења. Министарсво врши надзор над законитошћу рада, и то, по службеној дужности или на предлог председника суда за чије подручје је извршитељ именован, председника Коморе, као и по иницијативи странака и учесника у поступку (чл. 346, ст. 1 ЗИО). Министарство је овлашћено да: 1) изврши увид у пословне књиге, евиденцију, списе и ускладиштене ствари; 2) захтева од извршитеља све неопходне податке о његовом пословању; 3) прибави од надлежних органа и организација податке о пословању извршитеља (чл. 346, ст. 2 ЗИО). У оквиру вршења надзора над законитошћу рада извршитеља овлашћено службено лице министарства може наложити мере за отклањање недостатака у раду извршитеља и рок за поступање по мерама, као и поднети предлог за покретање

[34] *Campbell Fell* против Уједињеног Краљевства, пресуда ЕСЉП од 28. јуна 1984. године, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 30. март 2012. године (§§ 77 85).

дисциплинског поступка (чл. 346, ст. 3 ЗИО). Готово идентичним овлашћењима располаже Комора извршитеља (чл. 347 ЗИО). Даље, потребно је да се извршитељ може да заштитити од спољних притисака, али и да се странке и други учесници у поступку могу заштитити од пристрасног поступања извршитеља. Ово се доводи у питање законском одредбом по којој захтев за изузеће председника суда, судског извршитеља и извршитеља није дозвољен (чл. 31, ст. 2 ЗИО). Додуше, као једна од дисиплинских повреда за коју извршитељ одговара наведено је и „предузимање радњи у поступку и поред постојања разлога за искључење" (чл. 350, тач. 4 ЗИО). Из овога би се могло закључити да извршитељ не може бити изузет, али може бити искључен, ако постоји неки од разлога које прописује ЗПП. Само подношење захтева, рокови, надлежност и поступак за одлучивање нису прописани, а морали су бити, јер сходна примена ЗПП у овој ситуацији не задовољава. Поред свих ових разлога наводи се и да извршитељ нема исти степен квалификација као извршни судија, јер су услови за именовање извршитеља блажи (не тражи се положен правосудни испит), од оних који важе за судију.

Поменимо на овом месту Овршни закон Хрватске (даље: ОЗ)[35] који је увео извршитеље, али и дефинисао да они одлучују само о предлогу за спровођење извршења (чл. 39, ст. 1 ОЗ), док о предлогу за дозволу извршења на основу веродостојне исправе одлучује јавни бележник (чл. 40, ст. 1 ОЗ). Осврнимо се и на наш Закон о јавном бележништву (даље: ЗЈБ).[36] Јавни бележник има исти степен квалификација као и извршни судија, и носилац је и јавног овлашћења (чл. 2, ст. 1. ЗЈБ) и јавног поверења (чл. 2, ст. 4 ЗЈБ), а не само јавног овлашћења (извршитељ). Разлози за изузеће јавног извршитеља су законом одређени, као и надлежност за одлучивање о захтеву (чл. 54 ЗЈБ). Аргументација у прилог давања дозволе извршења на основу веродостојне исправе јавним бележницима, уместо приватним извршитељима, тешко се може бранити. Право је странака да се њиховим правима и обавезама из грађанскоправних односа одлучује пред независним и непристрасним органом. Међутим, треба имати у виду да је расправљање пред судом јавно и може се ограничити само у складу са Уставом (чл. 142, ст. 3 Устава Србије), да суд суди у већу, а законом се може предвидети да у одређеним стварима суди судија појединац (чл. 142, ст. 6 Устава Србије).[37]

Чини се да је сама поставка проблема око давања овлашћења извршитељима да одлучују и о дозволи извршења на основу веродостојне исправе изведена на погрешан начин. Веродостојне исправе

[35] Овршни закон ОЗ, *Хрватске народне новине*, бр. 139/10.

[36] Закон о јавном бележништву ЗЈБ, *Сужбени гласник РС*, бр. 31/11.

[37] Вид. Александар Јакшић, „Нотар као повереник суда", *Јавнобележничко право* (ур. Драгор Хибер), Београд 2006, 149.

су одређена квалификована доказна средства која редовно потврђују постојање и доспелост потраживања. Сам извршитељ одређивањем извршења проверава постојање и подобност веродостојне исправе за извршење, да ли је извршни дужник пре подношења предлога за извршење опоменут од стране извршог повериоца да изврши своју обавезу, као и друге формалне и материјалне претпоставке за одређивање извршења. У том смислу се не може радити о одлучивању у смислу чл. 6(1) ЕКЉП. Оно је резервисано за суд који поводом изјављеног приговора врши контролу законитости и правилности поступања извршитеља.

Спорна је и сама делегација судске власти у делу који се односи на само спровођење извршења приватним извршитељима. Тако Јакшић тврди да делегација судске власти на субјекте приватног права није предвиђена Уставом Србије. У том смислу наводи како се о увођењу извршитеља у Немачкој размишљало 2007. године, међутим заузет је став како би најпре требало променити Устав у смеру преношења овлашћења за извршење судских одлука на лица која немају статус јавних службеника, при чему се Министарство правде томе успротивило, јер би то значило да суверене функције државе врше субјекти приватног права.[38] Стало се на становиште да је без промена Устава делегирање овлашћења за спровођење извршења извршитељима као приватницима немогуће. Устав у чл. 33 прописује да се вршење овлашћење државне власти може поверити само лицима која су државни службеници и у складу са тим у јавноправном односу са државом који подразумева и однос поверења.

Међутим, горе наведени аргументи су доведени у питање. Три године касније, тј. 2010. године, у Немачкој је предлог поново актуелизован на захтев неколико немачких покрајина. Узор је био француски извршитељ (*huissier de justice*) који није државни службеник, већ припадник слободне професије. Штавише, у предлогу је наведено да се тај модел (*huissier de justice*)[39] као припадник слободне професије проширио на земље јужне Европе (Грчка, Шпанија и Португал), као и на неке земље источне Европе.[40]

38 Вид. А. Јакшић (2012), 794.

39 Вид. H. Friedrich Gaul (2011), 31. *Huissier de justice* има далеко већи круг овлашћења од немачког судског извршитеља и тешко се са њим може поредити. Он није само орган извршног поступка већ је истовремено и овлашћен од стране повериоца (*mandataire*) и основ за то је један грађанскоправни, уговорни однос. Истовремено он има и јавна овлашћења која подразумевају наплату потраживања у извршном поступку и предузимање извршних радњи, а та јавна овлашћења му поверава министар (*ministére public*). Важно овлашћење које има јесте и да прикупља информације о рачунима и имовини извршног дужника (*recherché des informations),* а надлежан је и за заплену ствари (*saisie vente*) и заплену потраживања (*saisie attri bution*).

40 *Ibid.*, 274.

Ставови који се конзервативно држе немогућности делегације овлашћења извршитељима у области извршења се постепено превазилазе. Могу се чути аргументи и како се не ради о приватизацији извршитељске функције, зато што се занимање судског извршитеља знатно трансформисало. Све мање се његова улога своди на примену силе, а све више је он посредник између странака извршног поступка (*Vermittler zwischen der Vollstreckungsparteien*), који настоји да постигне наплату потраживања на основу обострано прихватљивог решења. Коначно, легитимацију за поступање извршитељ (био судски или приватни) изводи из извршне исправе, тако да се не ради о ексклузивној примени силе од стране извршитеља, већ о садејству извршитеља и извршног суда.[41] На овом месту поменимо и пресуду Савезног уставног суда СР Немачке који је закључио како из принципа правне државе утврђеног у чл. 20, пар. 2 Устава не произилази да послови од општег интереса (*Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge*) морају бити обављани непосредно од стране државе, само зато што су од значаја за опште добро (*Allgemeinswohl*).[42]

Сличне дилеме се могу поставити и у нашем праву. Одговарајућа уставна ограничења постоје. Судска власт је јединствена на територији Републике Србије (чл. 142, ст. 1 Устава Србије). Судови су самостални и независни у свом расправљању и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права потврђених међународних уговора (чл. 142, ст. 2 Устава Србије). Устав, додуше, предвиђа могућност да се законом одређена јавна овлашћења повере законом предузећима, установама, организацијама и појединцима. (чл. 137, ст. 2 Устава Србије). Ова одредба је садржана у четвртој глави трећег дела који носи наслов „Државна управа“, па се одатле не може закључити да је уставотворац имао у виду преношење судских овлашћења.

У оквиру Савета Европе Савет министара је 9. септембра 2003. године усвојио Препоруку 2003(17) упућену државама чланицама, а која се односи на извршење. У тој препоруци се потпуно равноправно третирају судски и приватни извршитељи. Извршитељ (*Enforcement Agent)* је лице које је овлашћено од стране државе да предузима радње извршења (*huissier, bailiff, enforcement judge*). Овде се морају имати у виду различита решења појединих држава чланица у погледу њиховог запошљавања и плаћања. Извршитељи су или судски службеници или други државни службеници или приватна лица, или постоји комбинација оба модела.

---

[41] Burkhard Hess, *Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherswesens*, Rechtsgut achten, 2006, 37, наведено према H. Friedrich Gaul (2011), 283.

[42] Решење немачког Савезног уставног суда од 5.12.2002, наведено према H. Friedrich Gaul (2011), 285. Иначе ова одлука се односила управо на једну комуналну услугу водоснабдевање (*Wasserversorgung*).

ЕСЉП се спровођењем извршења путем лиценцираних приватних извршитеља бавио само на посредан начин. За акте и радње приватних извршитеља и других лица која могу имати овлашћења у спровођењу извршења, а којима се повређују права из ЕКЉП, не може се искључити одговорност државе, јер она одговара за повреде права гарантованих ЕКЉП на њеној територији, без обзира на то од којих лица та повреда потиче.[43] Ипак, бојазни ЕСЉП се више односе на ускраћивање права на изјављивање правних лекова у извршном поступку, односно права на контрадикторан поступак поводом изјављеног правног лека[44] (у нашем случају су ти стандарди испуњени, јер постоји приговор против закључка којим приватни извршитељ одлучује о дозволи извршења ради наплате потраживања по основу комуналних и сличних услуга, а на који се примењују одредбе чл. 48 и 49 ЗИО), те гарантовање права на приступ суду у том случају, него на поверавање овлашћења за предузимање одређених извршних радњи приватним лицима.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Наплата потраживања по основу извршених комуналних услуга јесте пример неефикасног извршног поступка. Број предмета који се мери милионима је алармантан, али за постизање веће ефикасности је неопходно сагледати узроке ових проблема. Законодавац је очигледно сматрао да ће стопа наплате бити већа ако се изврши делегација судских надлежности у овој области на приватне извршитеље. Искључива надлежност приватних извршитеља у овом поступку, имајући у виду цифре о којима смо говорили, може бити мамац за приступање овој новој правничкој професији, али су устројством оваквог посебног извршног поступка отворена многа друга питања. Напуштање концепта судског извршења и увођење приватних извршитеља као искључиво надлежних за наплату ових потраживања ће свакако растеретити судове. Приватни извршитељи ће имати свој домен у којем им неће бити конкуренција судски извршитељи. Сам поступак није уређен на начин који ће обезбедити остваривање права на закониту, правичну и једнаку правну заштиту. Издвајање једне категорије поверилаца на рачун других није изведено први пут у једном процесном закону, али отвара питање једнаког поступања у једнаким

[43] *Pini* и други против Румуније, пресуда ЕСЉП од 22. јуна 2004, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 1. април 2012 године (§§ 174 189).

[44] *Mladoschovitz* против Аустрије, пресуда ЕСЉП од 15. јула 2010, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 10. април 2012 године (§§ 33 38).

ситуацијама. Поље примене овог поступка није прецизно дефинисано. Непокривеност целе територије Републике Србије приватним извршитељима довешће до примене различитих поступака за наплату истих врста потраживања. Уређивање правних лекова и постојање бројних празнина претвориће овај поступак у нову парницу уместо да то буде сумаран извршни поступак.

Dr. Nikola Bodiroga

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

COLLECTION OF UTILITY AND OTHER SIMILAR CLAIMS BY PRIVATE ENFORCEMENT AGENTS IN SERBIA

Summary

The main focus of this paper is the special enforcement procedure with respect to collection of utility and other similar claims. The author compares this type of special proceedings to the general enforcement based on certified instruments (*instrument authentique*). The existence of special rules on collection of utility and similar claims is justified by the need to unburden the courts and to expedite collection of these charges. However, those rules may cause delay in enforcement proceedings. Millions of cases concerning collections of utility and similar claims in Serbia have been transferred to private enforcement agents, who have been granted exclusive jurisdiction to deal with these claims. The author inspects this novelty from the standpoint of the Constitution of the Republic of Serbia and Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, and puts forward the question whether the private enforcement agent can be considered an independent tribunal or not.

Key words*:* *Collection of utility (and other similar) charges. – Privileged enforcement creditors. – Legal remedies. – Exclusive jurisdiction of private enforcement agents.*

УДК 342.4(460)

Др Марко Станковић*

ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА ШПАНИЈЕ О УСТАВНОСТИ СТАТУТА КАТАЛОНИЈЕ И ЊЕНЕ ПОСЛЕДИЦЕ

Уставни суд Шпаније је, након четворогодишњег поступка, 28. јуна 2010. године коначно донео одлуку о уставности Статута Каталоније од 2006. године. Та шпанска аутономна заједница је у Статуту, према мишљењу шпанског Уставног суда, прекорачила границе свог аутономног делокруга. Каталонија је, након одлуке Уставног суда Шпаније о уставности њеног Ста тута о аутономији, испољила намеру да иступи из састава Шпаније. Одлу ка Уставног суда о неуставности неколицине одредаба Статута изазвала је, разумљиво, опречне реакције како у јавности, тако и међу уставноправним стручњацима и довела до уставне и политичке кризе у Шпанији. Овај рад је посвећен уставноправној анализи одлуке Уставног суда Шпаније о уставности Статута Каталоније, анализи правних и политичких последица које је так ва одлука произвела, као и разматрању могућности за евентуално спречавање једностране сецесије те аутономне заједнице.

Кључне речи: *Устав Шпаније од 1978.   Статут Каталоније.   Аутономне заједнице.   Уставност.   Уставни суд Шпаније.*

1. ШПАНИЈА   „ДРЖАВА АУТОНОМИЈА“

Краљевина Шпанија је Уставом од 1978. године устројена као парламентарна монархија. Она је тим Уставом увела и веома оригиналан облик државног уређења, који је у теорији уставног права изазвао одређена спорења, јер различити аутори нису сагласни у оцени да ли је Шпанија децентрализована унитарна држава (регионална држава) или федерација. Устав, наиме, не дефинише Шпанију као федералну државу, али многа уставна решења у вези с државним уређењем наводе на закључак да је реч о релативно

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, stankovicm@ius.bg.ac.rs.

централизованој федерацији.[1] Сами Шпанци обично кажу да је Шпанија „држава аутономија" (*Estado de las autonomías*).[2] Како запажа Харти (*Siobhán Harty*), „Шпанија није федерација по свом имену, нити је састављена од 'конститутивних јединица', као што је то случај са већином федерација, али она има многе институционалне карактеристике федералних држава".[3] У теорији стога постоји спор о томе какав је облик државног уређења у Шпанији, али се генерално може казати да је већинско мишљење наших аутора да се ради о регионалној држави,[4] док су у страној теорији мишљења подељена, јер велики број присталица има и став да је ипак реч о федерацији *sui generis*. У том смислу Роналд Вотс (*Ronald L. Watts*) каже: „Шпанија је федерација по свему осим по имену, са 17 аутономних заједница које поседују уставна овлашћења која омогућавају значајан степен самоуправе".[5] А Луис Морено (*Luis Moreno*) наводи да је шпанско државно уређење веома оригинално, али да је „његова концептуална веза са федерализмом неспорна"[6] и да му се не може порећи федерална природа.[7] Но, без обзира на то да ли се њено државно уређење карактерише на један или други начин, нема сумње да је „Шпанија најближа томе да буде федерална држава, а да званично не буде федерација".[8]

Шпанија је деценијама била диктатура, изразито централистички уређена. Процес њене децентрализације (деволуције) отпочео је средином седамдесетих година прошлог века и био је веома комплексан, па је спроведен у три фазе, које су укупно трајале дуже од

[1] Вид. Daniele Conversi, „The Spanish Federalist Tradition and the 1978 Constitution", *Telos* 112/1998, 135 138.

[2] Luis Moreno, *The Federalization of Spain*, London 2001, 109. „Након потврђивања на народном референдуму Устава од 1978, израз '*Estado de las autonomías*' је постао популаран у свакодневној употреби не само политичара, правника и медија, већ и међу великим бројем грађана".

[3] Siobhán Harty, „Spain (Kingdom of Spain)", *Handbook of Federal Countries*, Montreal & Kingston London Ithaca 2005, 327.

[4] Такво мишљење заступају Миодраг Јовичић, Будимир Кошутић, Драгољуб Поповић и др. Вид. нпр. Миодраг Јовичић, *Регионална држава уставноправна студија*, Београд 1996, 30; Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 1999, 398.

[5] Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston 1996, 28.

[6] L. Moreno, 109.

[7] „Јасно је да је Шпанија земља са федералним саставом". *Ibid.*, 4.

[8] Violeta Ruiz Almendral, „Spanish court strikes down parts of Catalonia's draft constitution", *Federations Magazine*, December 2010 January 2011, 36. Добар преглед различитих ставова о томе да ли је Шпанија федерална држава даје Драгољуб Поповић. Вид. Dragoljub Popović, *European Regionalism A Challenge to New Democracies*, Bâle Genève Munich 2002, 105 107.

једне деценије.[9] Основу сложене територијалне организације земље чини одредба чл. 137 Устава од 1978. године. Према тој одредби „територија државе је подељена на општине, покрајине и све аутономне заједнице које могу бити конституисане“, при чему „сви ти ентитети уживају самоуправу ради остваривања својих одговарајућих интереса“. Покрајине (провинције) су територијалне јединице основане током деветнаестог века, којима су управљале делегације (*diputación*) из Мадрида. Оне су данас јединице највишег степена у систему локалне самоуправе у Шпанији. С друге стране, аутономне заједнице, којих тренутно има 17, од суштинског су значаја за постојање сложеног уређења државе. Аутономне заједнице (*comunidades autónomas*) се у стручној литератури и политичком жаргону често називају и регионима, мада сâм Устав Шпаније не познаје тај израз.

Остваривање аутономије, односно формирање аутономних заједница у оквиру Шпаније, дефинисано је као право, а Устав прописује на које начине се то право може остварити. Уставом је само предвиђена могућност образовања аутономних заједница, а не и које ће то заједнице бити.[10] Принцип доступности аутономије свим шпанским „националностима“ и „регионима“ у свакодневном говору описује се крилатицом „кафа за све“ (*café para todos*).[11] „Како постоје три различита начина на које територија може да стекне аутономију, Шпанија обично бива окарактерисана као облик асиметричног федерализма“.[12] Метафорично казано, до аутономије у Шпанији воде три различита „пута“ – „брзи“, „спори“ и „изузетни“. Први начин за остваривање аутономије, који је познат као „брзи пут“, прописан је у чл. 151 и прелазном одредбом бр. 2. Устава од 1978. године и резервисан је за три „историјске покрајине“[13] – Баскију, Каталонију и Галицију, јер су то аутономне заједнице које су, како каже Устав, „у прошлости имале на плебисцитима потврђене предлоге статута о аутономији и које су у моменту ступања на снагу овог Устава имале привремене аутономне режиме“.[14] Стога су три наведене историјске покрајине добиле право да остваре аутономију непосредно по доношењу Устава од 1978, па су Баскија и Каталонија донеле своје статуте већ наредне,

[9] Процес је започет 1975, а окончан 1987. године. Вид. Carles Viver Pi Suñyer, *The transition to a decentralized political system in Spain*, Ottawa 2010, 4 5.

[10] М. Јовичић (1996), 38.

[11] У Шпанији се прави разлика између појмова „нација“ и „националност“ и сматра се да „јединствена шпанска нација“ укључује различите „националности“ и „регионе“ (вид. чл. 2 Устава). Међу 17 аутономних заједница, осам се сматра „на ционалностима“, седам „регионима“, а две „заједницама“.

[12] S. Harty, 327.

[13] L. Moreno, 4 5.

[14] О коренима идеје о регионализацији у Шпанији вид. М. Јовичић (1996), 37 38.

1979. године, док је Галиција то учинила нешто касније – 1981. године. Други начин, назван „спорим путем" ка аутономији, предвиђен је у чл. 143 Устава, и предвиђа да „суседне покрајине са заједничким историјским, културним и економским карактеристикама, територије острва и покрајине са историјским регионалним јединством могу да остваре самоуправу и формирају аутономне заједнице". „Спори пут" ка аутономији, при том, подразумева неколико сложених корака усмерених ка томе да се докаже подршка грађана таквој аутономији пре него што се евентуално оснује аутономна заједница.[15] Осим тога, у овом случају се ради о ограниченом обиму аутономије, будући да је неопходно да протекне период од пет година пре него што новооснована аутономна заједница стекне пун обим аутономних права који предвиђају чл. 148 и 149 Устава. Коначно, трећи, „изузетни" начин за формирање аутономних заједница омогућава „неисторијским" заједницама да стекну аутономију на начин „који искључује петогодишњи период чекања путем система локалних иницијатива и референдума".[16] Овај начин остваривања аутономије, предвиђен у чл. 151 Устава Шпаније, је најкомпликованији, јер подразумева одржавање више референдума, а једина заједница која је до данас тако стекла аутономију јесте Андалузија.[17]

Устав Шпаније је веома флаксибилан када је реч о степену самосталности аутономних заједница, јер допушта свакој од њих да повећава или смањује обим својих надлежности, чак и на асиметричан начин у односу на друге. „Међутим, актуелни процес децентрализације је довео до једнаког нивоа деволуције међу регионима (аутономним заједницама, *М.С.*), са јединим изузетком Баскијске Земље и Наваре, које имају већи степен аутономије од осталих".[18] Уместо сопствених устава, који су иначе уобичајени у већини федерација у свету и представљају израз права федералних јединица на самоорганизовање, шпанске аутономне заједнице доносе статуте о аутономији.[19] Како наводи Руиз Алмендрал (*Violeta*

---

[15] „За образовање конкретних аутономних заједница тражи се иницијатива одговарајућих покрајинских, односно општинских органа". М. Јовичић (1996), 38.

[16] S. Harty, 328.

[17] Поповић је системе формирања аутономних заједница у Шпанији изложио на нешто другачији начин: D. Popović, 98 99.

[18] V. Ruiz Almendral, 36.

[19] У том смислу, Шпанија је ближа теоријском моделу децентрализоване унитарне државе. Ипак, уколико се анализира начин доношења статута, ситуација је мало другачија. Да би статут аутономне заједнице ступио на снагу, неопходно је да добије потврду централног парламента (Кортеса). На тај начин, сваки статут добија правну снагу формалног закона. Ради се, дакле, о готово идентичном поступку који постоји у случају доношења устава швајцарских кантона. Стога се може рећи да на зив статут не указује на стварну правну снагу највиших аката шпанских аутономних

Ruiz Almendral), „статут има правно сложен двоструки статус: он је уједно и највиши правни акт региона и закон усвојен и од стране регионалног и од стране шпанског парламента“.[20] Јасно је, стога, да статут аутономне заједнице подлеже и оцени уставности коју врши Уставни суд Шпаније (*Tribunal Constitucional de España*).[21] Да би статут био донесен или промењен, потребно је да га усвоје парламент аутономне заједнице и централни парламент у Мадриду – Кортес (*Cortes Generales*). „Овако донет статут држава признаје и штити као интегрални део свог правног поретка“.[22] Али то, с друге стране, значи и да „аутономија сваке заједнице на крају зависи од власти парламента“.[23] У случају неких аутономних заједница (укупно седам, међу којима су и Баскија и Каталонија) неопходно је да предложене промене статута добију већину и на референдуму у аутономној заједници.[24]

2. ДОНОШЕЊЕ НОВОГ СТАТУТА КАТАЛОНИЈЕ ОД 2006. ГОДИНЕ

Каталонија је, дакле, једна од три аутономне заједнице формиране по убрзаном поступку, захваљујући томе што ју је Устав препознао као „историјску покрајину“. Формално гледано, она има једнаке надлежности и статус као и друге шпанске аутономне заједнице, али је, с друге стране, несумњиво имала кључну улогу у дуготрајном процесу деволуције у Шпанији, служећи као узор осталим аутономним заједницама. Она је, наиме, прва донела статут, који су остале заједнице касније у великој мери копирале и тако им утабала стазу ка аутономији. Штавише, својеврсни „закон угледања“ осталих аутономних заједница на каталонска статутарна решења кључни је узрок успостављања релативно симетричног државног уређења у Шпанији. Каталонија је, међутим, крајем прошлог и почетком новог миленијума

заједница, јер је њихова правна снага већа од устава федералних јединица у многим федерацијама (сматра се, наиме, да устави федералних јединица по правилу имају мању снагу од федералних закона, а статути аутономних заједница имају снагу једнаку оној коју поседују закони шпанског Кортеса). О правној снази устава федералних јединица и њиховим односом према федералном законодавству вид. Марко Станковић, *Уставно судство у савременим федерацијама*, Београд 2012, 199 202.

[20] V. Ruiz Almendral, 36.

[21] О саставу, организацији и функцијама Уставног суда Шпаније вид. Enrique Guillen Lopez, „Judicial Review in Spain: The Constitutional Court“, *Loyola of Los Angeles Law Review* 41, 2/2008, 531 541; S. Harty, 331.

[22] М. Јовичић (1996), 39.

[23] S. Harty, 329.

[24] О поступку доношења статута вид. D. Popović, 99 100.

показала недвосмислене тежње да повећа своју аутономију у оквиру Шпаније, па је предузела мере којима је поново покренула процес деволуције, који је практично био „замрзнут" годинама пре тога.[25]

Већ 2005. године Каталонија је објавила да жели да донесе нов статут о аутономији, којим би њена аутономија била проширена, при чему би велика пажња била посвећена посебном идентитету ове аутономне заједнице у односу на друге, нарочито у вези с питањем језика.[26] Писци новог каталонског статута поставили су преда се пет главних циљева. Први је био да се правно уобличи посебност Каталоније и Каталонаца, укључујући и дефинисање те аутономне заједнице као посебне нације. Питање постојања вишенационалности у Шпанији је веома осетљиво, јер једна од фикција на којима је утемељен целокупан постојећи шпански уставни систем јесте фикција да постоји јединствена шпанска нација.[27] Други циљ био је да се у статуту предвиди каталог људских и грађанских права и слобода, као да се ради о уставу, јер је та материја традиционално интегрални део *materiae constitutionis*. Треће, писци статута су имали задатак да спрече „мешање" центраних органа у искључиве надлежности Каталоније, иако шпански Устав предвиђа широк спектар средстава путем којих државни органи врше контролу у аутономним заједницама.[28] Четврти циљ био је реформа судског система. И коначно, пети циљ био је успостављање правних механизама који би омогућили учешће Каталоније у раду органа Европске уније, као и ширу партиципацију у вођењу шпанске државне политике.[29]

Нови Статут Каталоније донет је по сложеном поступку који предвиђа Устав Шпаније (чл. 146–147) – прво га је усвојио каталонски парламент, затим га је потврдио Кортес и, на крају, грађани Каталоније на референдуму одржаном јуна 2006. године.[30] Статут је ступио на снагу 9. августа 2006. године. Интересантно је да је једина странка у шпанском Кортесу која се противила Статуту била конзервативна Народна партија (*Partido Popular*), јер га је сматрала противним Уставу. Њених 99 посланика се затим обратило Уставном суду,

[25] Опширније о томе вид. S. Harty, 332 333; L. Moreno, 64 66.

[26] О проблему вишејезичности у Шпанији вид. D. Popović, 95 96.

[27] М. Јовичић (1996), 38. Луис Морено тврди да шпански грађани имају „двоструки идентитет" (*dual identity*) „он подразумева уједно и регионални и државни идентитет у различитом степену и без видљивих контрадикција између њих", L. Moreno, 5.

[28] М. Јовичић (1996), 41.

[29] Упор. V. Ruiz Almendral, 36 37.

[30] Остао је, међутим, забележен много мањи број грађана Каталоније који су се изјаснили на том референдуму него што је било очекивано свега 49 одсто. Поређења ради, проценат гласалих на референдуму када је усвојен претходни статут 1979. био је 60 одсто, а 1978, када је донесен Устав Шпаније, чак 68 одсто.

оспоравајући уставност чак 113 од укупно 223 члана Статута, да би у наредних неколико месеци исто учинио и шпански омбудсман и још пет аутономних заједница (Арагон, Балеари, Валенсија, Мурсија и Ла Риоха).

Поступак оцене уставности Статута Каталоније био је веома озбиљан задатак за шпански Уставни суд, па је он морао да поступи веома обазриво, јер је било јасно да ће одлука у овом случају представљати једну од најважнијих одлука у његовој јуриспруденцији. Тек након готово четири године од подношења предлога за оцену уставности статута, након дугог и веома политизованог процеса у којем судије нису успеле да постигну сагласност о неколико нацрта одлуке, Уставни суд Шпаније је 28. јуна 2010. године коначно донео одлуку.[31] Осим тога што је проглашење делова статута каталонске аутономне заједнице неуставним по себи представљало револуционарни чин у пракси шпанског Уставног суда, први пут се догодило и да тај суд донесе неку одлуку на потпуно необичан начин. Суд је, наиме, у моменту одлучивања бројао свега десет чланова (Уставом је предвиђено 12),[32] јер је један судија у међувремену преминуо, а један био је принуђен да поднесе оставку из политичких разлога. За одлуку је гласало свега шест судија, што чини тачно половину од Уставом предвиђеног броја судија, али не и апсолутну већину од Уставом предвиђеног броја. Због тога је легитимитет одлуке, поготово код оних који јој се противе, несумњиво много мањи него да је ту одлуку подржала апсолутна већина.

3. ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА ШПАНИЈЕ О УСТАВНОСТИ СТАТУТА КАТАЛОНИЈЕ ПРАВНА АНАЛИЗА

Уставни суд је укинуо, у целини или делимично, укупно 14 чланова Статута, за 23 члана је дао сопствено тумачење, условивши њихово даље важење и примену управо својом интерпретацијом, док су 74 оспорена члана остала на снази. Одлука има готово 500 страница текста и представља најопширнију одлуку у историји шпанског Уставног суда.

Одлука, дакле, делимично има укидајући, а делимично интерпретативни карактер. У случајевима када Уставни суд укида неуставне правне норме, он врши своју оригинерну функцију нормативне контроле права на начин како је то учинио амерички Врховни суд 1803. године, односно како је то дефинисао творац првог уставног суда у свету, Ханс Келзен (*Hans Kelsen*), почетком прошлог века. Уставни

31 BOE A 2010 11409, Boletín Oficial del Estado, núm. 172, 16.7.2010, 1 491.

32 О саставу шпанског Уставног суда вид. E. G. Lopez, 532 534.

суд је у суштини орган који би требало да „бди“ над уставом и да буде главни заштитник начела уставности тако што ће укидати (или поништавати) неуставне законе парламента, а не орган који ће бити стваралац нових нормативних решења, јер та улога изворно припада парламенту. Али, уставни суд превазилази своју тако схваћену улогу у случајевима када доноси интерпретативне одлуке. Тада „уставни суд у ствари мења закон“,[33] утврђујући једно од његових могућих тумачења као једино исправно. Доносећи овакве одлуке, уставни суд намеће сопствена тумачења нормативних аката као обавезна, чиме се „удаљава од уобичајено схваћене судијске власти, дајући себи за право да, по потреби, дописује законе. Тако уставни судија губи статус негативног законодавца и претвара се у правог (позитивног) законодавца“.[34] Шпански Уставни суд је у својој три деценије дугој пракси (почео је с радом 1981) „обично преузимао улогу ‘негативног законодавца’“,[35] али је често имао и „активну власт која води Устав и уставни развитак у специфичном правцу“,[36] док је у случају Статута Каталоније, условно речено, одиграо обе улоге – и „негативног“ и „активног“ нормотворца.

Генерално гледано, Уставни суд је оптику своје анализе усмерио на осам главних делова новог Статута Каталоније: 1) каталонско национално питање; 2) „историјска права“ Каталоније; 3) каталог права и обавеза грађана Каталоније, са посебним освртом на употребу језика; 4) органе власти Каталоније; 5) судску власт; 6) надлежности Каталоније; 7) институционалне односе каталонске владе са државом Шпанијом и Европском унијом и 8) систем финансирања Каталоније.

Прва спорна одредба Статута била је већ његова преамбула, у којој је Каталонија проглашена нацијом. Статут је навео да је таква дефиниција израз „осећања и жеља“ грађана Каталоније, иако Устав Шпаније (чл. 2) Каталонију препознаје као „националност“. Као што је већ речено, Устав почива на фикцији о јединственој шпанској нацији,[37] па су стога, према мишљењу Уставног суда, одреднице „нација“ и „национална реалност“ правно недозвољене, због чега не

[33] Victor Ferreres Comella, „The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism“, *Texas Law Review* 82/2004, 1724.

[34] Танасије Маринковић, „Интерпретативне одлуке уставних судова“, *Устав ни суд Србије у сусрет новом уставу* (зборник радова), Београд 2004, 246. Прак са интерпретативних одлука уставних судова је у савременим државама доста распрострањена, а нарочито је укорењена у Савезној Републици Немачкој, Италији и Руској Федерацији.

[35] C.Viver Pi Suñyer, 20.

[36] E. G. Lopez, 560.

[37] D. Popović, 96 97.

могу служити ни у сврху тумачења других одредаба Статута. Уставни суд је термине употребљене у преамбули окарактерисао као резултат политичког изражавања без икаквих правних последица и на тај начин покушао да заштити уставну фикцију.[38]

Статут се, затим, у чл. 5 позвао на одредбе Устава Шпаније у којима су препозната „историјска права“ одређених региона, међу којима је и Каталонија, и утврдио да је „каталонска самоуправа такође заснована на историјским правима каталонског народа, на њеним световним институцијама, као и на каталонској правној традицији“, а да отуда произлазе права каталонских власти (*Generalitat*) у вези са грађанским правом, језиком, културом, просветом и институционалним системом уопште. Уставни суд је у својој одлуци утврдио да ова одредба Статута није заснована на уставној одредби о „историјским покрајинама“, изричито негирајући да постоји било каква веза између историјских права које признаје Устав и оних која наводи Статут.[39] Уставни суд је децидирано истакао да позивање на „историјска права“ не може представљати правни основ за постојање било каквих надлежности регионалних власти, већ да надлежности свих шпанских аутономних заједница извиру искључиво из Устава Шпаније. Стога ни надлежности Каталоније, као аутономне заједнице у Шпанији, нису произашле ни из каквих „историјских права“, него из самог Устава. Према становишту Уставног суда, Статут је на известан начин злоупотребио тај уставни израз, дајући му сасвим другачији смисао од оног који му је дао шпански уставотворац.

Каталонски Статут садржи, први пут, повељу о људским и грађанским правима и слободама. У вези с том повељом појавила су се два проблема. Још пре него што је Уставни суд донео одлуку о уставности Статута, једна од главних дилема у јавности била је да ли Статут уопште треба (или сме) да садржи такву повељу. Прописивање каталога људских права је, иначе, карактеристично за акте уставног карактера, а не за статуте, мада су по начину доношења статути шпанских аутономних заједница блиски уставима федералних јединица у неким другим федерацијама (рецимо, уставима швајцарских кантона). Уставни суд је утврдио да прописивање права и обавеза грађана у Статуту, изузев оних која се односе на употребу језика, није противуставно, али да та права и обавезе немају „фундаментални“, већ „статутарни“ карактер. На тај начин је Суд правима и обавезама прописаним Статутом доделио нижи ранг у односу на она која прописује Устав Шпаније. То и није нелогично када се има

38 Сличну аргументацију Суд је искористио приликом тумачења чл. 8 Стату та који говори о „националним симболима“.

39 О историјским правима вид. S. Harty, 329 330.

у виду да су статути аутономних заједница по правној снази у нивоу шпанских закона.

Други, много важнији и конкретнији проблем у вези са статутарним правима и обавезама грађана било је право и обавеза познавања каталонског језика.[40] Статут је изричито прописао да је „каталонски језик у уобичајеној и пожељној употреби у органима јавне администрације и у јавним медијима у Каталонији, а такође и језик у уобичајеној употреби приликом предавања и учења у образовном систему“ (чл. 6, ст. 1). Уставни суд је одредбу о употреби каталонског језика у просвети оставио нетакнутом, али је изричито навео да Статут не може да установи „пожељну“ (преференцијалну) употребу језика у каталонској јавној администрацији и медијима, наводећи при том да једино централни парламент (Кортес) може, путем редовног законодавства, да исправи „ситуацију историјске неравнотеже“ у употреби језика.[41] Стога је израз „пожељној“ брисан одлуком Уставног суда. Уставни суд није протумачио одредбу о познавању каталонског језика као обавезу, за разлику од уставне обавезе (чл. 3, ст. 1) о знању кастиљанског језика (званичног језика Шпаније, који се код нас обично назива шпанским језиком). Суд је навео да није спорно право свакога да се у Каталонији служи каталонским језиком, али да то не може бити ничија обавеза. Према неким мишљењима, Суд је на тај начин направио контрадикцију, јер је у истој одлуци раније утврдио да Статут мора да гарантује принцип једнакости у употреби језика – стога, уколико је знање кастиљанског језика уставна обавеза, обавеза знања каталонског би учинила тај језик равноправним са кастиљанским. У одлуци је још наведено да је Кортес једини орган који може да одреди обим и садржину одредаба које регулишу право на употребу каталонског језика у институцијама централне власти, као и ниво знања каталонског који морају имати судије, нотари и други јавни службеници.[42]

[40] У вишејезичним сложеним државама се, иначе, постављају два различита питања у вези са употребом језика. Једно је право припадника сваке језичке групе да језику којим говори буде признат одређен статус у оквиру управе, судства, школ ства итд. Друго је питање употребе језика између припадника различитих језичких група и, посебно, питање употребе различитих језика у раду централних органа, пре свега парламента. Вид. Миодраг Јовичић, *Савремени федерализам*, Београд 1973, 246.

[41] Неравнотежа је била нарочито изражена за време диктаторског режима генерала Франка. „‘Чувар шпанских традиција’ Франко забранио је употребу свих језика осим кастиљанског (званичног ‘шпанског’ језика), док је у немирној Баскији спроводио прави геноцид“. М. Јовичић (1996), 37.

[42] Уставни суд је дао обавезујућа тумачења још неколицине језичких одреда ба Статута. То су одредбе о употреби језика у односима јавних органа и грађана (чл. 33, ст. 5 и чл. 50 ст. 5), у приватним односима (чл. 34) и у образовању (чл. 35, ст. 1 и 2).

Предмет оцене уставности биле су и одредбе Статута које уређују положај и функције каталонских аутономних органа, пре свега Савета за статутарне гаранције и омбудсмана. Савет за статутарне гаранције[43] је превасходно саветодавни орган који „се стара о томе да прописи Генералитата буду у складу са Статутом и Уставом" (чл. 76, ст. 1). Али, он за разлику од свог претходника, Каталонског саветодавног одбора, у неким случајевима може да доноси и обавезујуће одлуке. Савет је према Статуту (чл. 76, ст. 2) надлежан да испитује сагласност предлога закона и других аката које су било влада или посланици поднели парламенту са Уставом и Статутом, као и сагласност предлога о изменама и допунама Статута са Уставом Шпаније пре него што тај предлог буде упућен парламенту на усвајање. Органи власти Каталоније су у многим случајевима обавезни да се обрате Савету пре него што формално упуте предлог парламенту. Статут је још предвидео и да су одлуке Савета која се односе на њиме призната права „обавезујуће по природи" (чл. 76, ст. 4), док у свим осталим случајевима имају саветодавни карактер. Управо је та одредба о обавезности одлука Савета у вези са гарантованим правима била спорна судијама Уставног суда, па су је прогласили неуставном.

Каталонском омбудсману (*Síndic de Greuges*) Статутом је поверена надлежност да штити права и слободе које предвиђају Устав Шпаније и сâм Статут. С тим циљем њему је дато „искључиво" овлашћење да надзире рад каталонске администрације, локалних самоуправа, као и свих „јавних и приватних тела" којима су поверена јавна овлашћења (чл. 78, ст. 1), а затим је предвиђено да каталонски и шпански омбудсман „сарађују" у вршењу њихових надлежности (чл. 78, ст. 2). Уставни суд је укинуо одредбу о искључивом овлашћењу каталонског омбудсмана у надзору над наведеним органима и телима, сматрајући је супротном Уставу (чл. 54 и 55), и наводећи да он ту надлежност дели са шпанским омбудсманом у домену заштите уставних (али не и статутарних) права.

Велику пажњу Уставног суда изазвале су и одредбе Статута које уређују судску власт. Познато је, при том, да теоријски модел територијалне аутономије предвиђа постојање законодавних и извршних органа у децентарлизованим јединицама, док се судска функција везује за теоријски облик федералне јединице у федерацији. Штавише, демаркациона линија између појмова федералне јединице и јединице територијалне аутономије се управо „испољава у непостојању уставотворне и судске функције",[44] па је присуство сопствене судске власти у Каталонији још један аргумент

[43] Савет за статутарне гаранције има девет чланова, а конституисан је 23. новембра 2009. године.

[44] Павле Николић, *Уставно право*, Београд 1993, 429.

у прилог тврдњи да је Шпанија федерална држава. Чак и Поповић, који Шпанији оспорава федерални карактер, наводи да је у погледу организације судства „шпански систем отишао даље него федерални системи у неким европским федерацијама, као што су Аустрија или Белгија, на пример“.[45]

У вези са судском влашћу, Статут је предвидео постојање Савета правде Каталоније, дефинишући га као „тело које управља судском влашћу у Каталонији“. Ради се, дакле, о органу правосудне управе (који је пандан, рецимо, нашем Високом савету судства), премда му је Статут (чл. 98) дао доста широка овлашћења. Управо због превеликих надлежности које су поверене овом органу, Уставни суд је укинуо готово цео одељак који регулише његов састав, функције и начин рада (глава III, одељак II Статута), образложивши укидање већине одредаба у том одељку, између осталог, и тиме да је Статут прекорачио надлежности аутономне заједнице и закорачио у делокруг централне власти, дефинисан пре свега Органским законом о судској власти (*Llei orgànica del poder judicial*).[46]

Шесто правно подручје којим се Уставни суд бавио у својој одлуци јесу надлежности Каталоније установљене Статутом. Надлежности различитих нивоа власти прецизно су одређене Уставом Шпаније (чл. 148–150), а предвиђена су и различита средства контроле централних органа, чија је сврха спречавање прекорачавања аутономног делокруга аутономних заједница (чл. 153–155).[47] Дистрибуција надлежности између централних и регионалних органа представља срж сваког сложеног државног уређења, било да је реч о федералној или регионалној држави, па је зато разумљиво што је управо укидање и тумачење тих статутарних норми од стране Уставног суда изазвало највећи револт код Каталонаца. Најкраће речено, Уставни суд је осујетио готово све нове надлежности које је Статут увео, потврђујући његову мању правну снагу у односу на Устав и вршећи своју уставом предвиђену улогу арбитра у сукобима надлежности између централне и регионалне власти. Он је онемогућио све покушаје у Статуту да прошири опсег искључивих надлежности каталонске аутономне заједнице, као и покушаје да се спречи интервенисање централне власти у областима њене искључиве надлежности.

Уставни суд се ради остварења тог циља послужио различитим механизмима. Он је, с једне стране, дао обавезујуће тумачење одре-

[45] D. Popović, 103.

[46] Суд је у потпуности или делимично укинуо део одредбе чланова 95, 97, 98, 100. и 11. Статута. Поред тога, Уставни суд је дао обавезујуће тумачење појединих одредаба које регулишу положај Врховног суда правде Каталоније (чл. 95, ст. 2).

[47] О подели надлежности у Шпанији вид. S. Harty, 329 330; М. Јовичић (1996), 39 40; D. Popović, 100 11.

даба о искључивим надлежностима (чл. 110), које, између осталог, предвиђају да Каталонија у областима у својој искључивој надлежности врши „у целости" законодавну и извршну функцију, да она у тим областима има „право да води сопствену политику" и да ће њени прописи које регулишу њене искључиве надлежности на њеној територији „имати предност" над свим другим правним актима. У том смислу, Суд је навео да, упркос дефиницији искључивих надлежности коју садржи Статут, интервенција централних власти не може да се спречи, јер Статут не може да ограничи ни обим ни садржај овлашћења централне власти које су утврђене Уставом. Сличну правну технику Уставни суд је применио и приликом тумачења одредбе о извршним овлашћењима Каталоније (чл. 112). С друге стране, кад је реч о подељеним надлежностима, Суд је применио нешто другачији приступ – укинуо је неуставне делове одговарајућих одредаба Статута (чл. 111, чл. 120, ст. 2 и чл. 126, ст. 2) које су имале за циљ да ограниче централне органе у нормирању тих надлежности, тако што су садржале формулацију да ће централна власт утврдити „минималне" стандарде или начела у вези с њиховим вршењем.[48]

Претпоследња област Статута коју је испитао Уставни суд јесу односи Каталоније са осталим аутономним заједницама, државом Шпанијом и Европском унијом. Стиче се утисак да је Уставни суд био прилично благ приликом оцене ове групе норми, задржавши се углавном на нивоу необавезујућих препорука везаних за партиципацију Каталоније у одговарајућим институцијама. Ипак, одлуком је утврђено да та партиципација ни у ком случају не може подразумевати директно именовање чланова органа који доносе одлуке у тим институцијама. Додуше, одредбама Статута (чл. 174, ст. 3, чл. 180 и чл. 183) је и предвиђено да се партиципација одвија у складу са законом, а већина предвиђених механизама би требало да има консултативну функцију.

Коначно, последња област правног регулисања коју је Уставни суд „ставио под лупу" своје нормативне контроле јесте систем финансирања каталонске аутономне заједнице. Један од основних принципа у области финансирања у Шпанији јесте принцип солидарности између аутономних заједница, који је установљен да би се отклонила евентуална финансијска равнотежа између њих. Тај принцип се у каталонској аутономној заједници традиционално сматра неправичним, јер она, као економски најразвијенија, подноси огро-

[48] Поред ових општих, Уставни суд је анализирао и посебне одредбе о над лежности Каталоније и дао обавезујућа тумачења статутарних одредаба везаних за институте непосредне демократије (чл. 122, а у вези с тим и чл. 222, ст. 1, тач. d и чл. 223, ст. 1, тач. i), културна питања (чл. 127, ст. 3), грађанско право (чл. 129) и питања имиграције (чл. 138). Та тумачења су, разуме се, у сличном маниру као и тумачења општих одредаба о надлежности.

ман терет финансијског уједначавања. Због тога је Статут пре свега тежио да ограничи финансијска средства намењена уједначавању.[49]

Статут је уредио област финансирања у маниру основног правног прописа, иако је Кортес раније, у складу са Уставом (чл. 157, ст. 3) донео Органски закон о финансирању аутономних заједница (*Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas – LOFCA*).[50] Уставни суд је избегавао да касира одредбе Статута, али је у својој одлуци недвосмислено истакао да би у случају сукоба два прописа, у складу са начелом *lex superior derogat inferiori*, требало примењивати органски закон. Питање је да ли је овакво тумачење Суда исправно, с обзиром на то да и Статут, захваљујући начину свог усвајања, има карактер закона, па се може примењивати и правило *lex posterior derogat priori*.

Међу мноштвом одредаба о финансирању, Уставни суд је укинуо, и то делимично, свега две. Прва (чл. 206, ст. 3) је предвиђала да ће Каталонија учествовати у фондовима за финансијско уједначавање у областима као што су образовање, здравство и друге делатности неопходне за очување друштвеног благостања само у оној мери у којој остале аутономне заједнице издвајају за сличне фискалне намете. Управо тај реципроцитет са другим аутономним заједницама је Суд прогласио неуставним, јер је држава та која има искључиву надлежност да уређује област финансијског уједначавања. Друга неуставна одредба Статута (чл. 218, ст. 2) предвиђала је надлежност Каталоније над финансирањем локалне самоуправе, укључујући и увођење и регулисање локалних пореза. Примарно регулисање пореске материје је, према Уставу (чл. 133, ст. 1 и 149, ст. 1, тач. 14), искључива надлежност државе.[51] С друге стране, Уставни суд је дао обавезујуће тумачење одредаба које уређују сарадњу државе и аутономне заједнице у области финансија (чл. 210), државне инвестиције у инфраструктуру у Каталонији (прелазне одредбе, 3а) и патриципацију Каталоније у државним порезима (прелазне одредбе, 8а, 9а и 10а).[52] Суд је тако на појединим местима ублажио одредбе Статута, као што су, рецимо, обавеза централне власти да инвести-

[49] Финансијско уједначавање је, иначе, чест проблем у федералним држава ма. У СР Немачкој је Савезни уставни суд у чак три наврата (1952, 1986. и 1992. го дине) решавао случајеве у вези са финансијским уједначавањем. Вид. М. Станковић, 284 287.

[50] Вид. М. Јовичић (1996), 40; S. Harty, 330; D. Popović, 11. „Поред зако на, договарани су различити вишегодишњи аранжмани између државног органа устројеног тим законом и регионалних представништава“, S. Harty, 330.

[51] S. Harty, 330.

[52] Треба нагласити да су многе финансијске одредбе Статута ипак остале не такнуте, иако су умногоме промениле фискалне односе унутар Шпаније. Вид. V. Ruiz Almendral, 37.

ра у Каталонију или да јој пренесе одређене порезе, нагласивши да о томе одлуку доноси централна власт и да јој поједине аутономне заједнице не могу својим једностраним актима наметати такве и сличне обавезе.

4. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

Реакција стручне јавности на одлуку Уставног суда није била једногласна. Једни су сматрали да одлуком примена Статута није осујећена, тврдећи да је укинуто свега око шест одсто од укупног броја његових чланова. Други су, насупрот томе, тврдили да је таква, „математичка" аргументација потпуно бесмислена, јер су укинути и протумачени чланови представљали кључне одредбе Статута и да је стога његова суштина потпуно промењена њиховим касирањем, односно обавезујућим тумачењем.

Прихватљивије је, свакако, друго мишљење. Иако Уставни суд заиста није укинуо велики број одредаба каталонског Статута, он је укинуо неке од највиталнијих међу њима, док је друге интерпретирао на другачији начин од онога који су имали на уму писци Статута, условивши њихову даљу примену управо таквим тумачењем. Приметно је, ипак, да је Уставни суд имао веома рестриктиван приступ приликом касирања неуставних одредаба, јер је оставио на снази или евентуално дао обавезујуће тумачење многих норми које је могао да прогласи неуставним. Но, поставља се питање шта би остало од каталонског Статута да је суд имао екстензивнији приступ приликом укидања оспорених одредаба, јер и оваква одлука без сумње у потпуности мења његову суштину. Сумарно посматрано, деловање Уставног суда је у мањој или већој мери осујетило свих пет циљева које су творци Статута имали пред собом приликом његовог доношења и „поткопало" три најважнија темеља Статута: постојање каталонске нације, каталог људских права и уређење власти те аутономне заједнице, а посебно део о финансијској аутономији.[53]

Пре свега, Уставни суд је задао снажан ударац каталонској заједници када је негирао постојање каталонске нације и није признао „историјска права" као правни основ каталонске аутономије, већ је истакао да аутономија Каталоније произлази из Устава. Тиме је

[53] Главни стубови Статута „су били двоструки, потреба за афирмацијом посебне националне реалности, попут оне у Шкотској или Фландрији, која је као таква призната широм Европе, а пречесто је негирана у Шпанији; и полагање темеља за равноправнији однос са централним властима на пољу економије, превазилажење упадљиве фискалне неравнотеже која омета развој Каталоније још од успостављања аутономног система". (The Spanish Constitutional Court ruling on the Catalan Statute and its political implications, *http://www.aics usa.org/uploads/Leaflet.pdf*, 25.10.2012)

Суд, између осталог, још једанпут ставио до знања свим аутономним заједницама да њихова аутономија има деривативну природу и да је једино уставотворац својом вољом може проширивати и сужавати. На другој страни, Уставни суд је људска права прописана Статутом учинио правима „другог реда" у односу на она предвиђена Уставом. У вези с тим, Суд је потпуно релативизовао одредбе о „пожељној" (преференцијалној) употреби каталонског језика, што се, с једне стране, директно одражава на остваривање осталих људских права, а, с друге, на национално питање, јер је језик један од кључних елемената за постојање националног идентитета. И треће, Уставни суд је умногоме сузио обим аутономије који су имали на уму творци Статута тако што је укинуо кључне одредбе о функцијама високих каталонских органа (Савета за уставне гаранције, омбудсмана, Савета правде...) и потпуно изменио првобитни смисао одредаба о надлежности Каталоније, при чему је посебну пажњу посветио одредбама о финансијској аутономији. Суд је због овакве своје одлуке изгубио кредибилитет код Каталонаца, иако је раније био готово беспоговорно прихватан као главни арбитар у односима између субјеката унутар Шпаније.[54]

Одлука шпанског Уставног суда у случају Статута Каталоније је начинила и „колатералну штету". Наиме, нови каталонски Статут је, слично као и тридесетак година раније, прихваћен међу још неким аутономним заједницама као узор, због чега су оне убрзо по његовом доношењу приступиле променама својих статута. Повећање аутономије шпанских аутономних заједница је за многе који су до тада Шпанију сматрали децентрализованом унитарном државом (регионалном државом) значио федерализацију те земље, док је за друге то био нови одлучан корак у правцу још веће децентрализације већ постојеће федерације. Уставни суд је за то време „ћутао", оклевајући дуже од четири године с доношењем одлуке о уставности каталонског Статута. Стога су се правне последице одлуке шпанског Уставног суда, када је она коначно донесена средином 2010. године, имплицитно одразиле и на аутономне заједнице које су у међувремену следиле каталонска решења, а нарочито на Валенсију и Андалузију, чији су статути најсличнији каталонском. Осим њих, каталонски модел су, у нешто мањој мери, применили и Арагон, Балеари, Кастиља и Леон, Екстремадура и Кастиља Ла Манча.[55] Сви ти статути су такође

[54] „До одлуке суда, реформа статута је била политички процес који су многи Каталонци сматрали алтернативом за две немогуће опције: ревизију Устава (...) и независност", V. Ruiz Almendral, 37 38.

[55] Треба, међутим, запазити да су у случајевима наведених седам аутономних заједница статути усвојени захваљујући политичком договору две водеће политичке странке Социјалистичке партије (*PSOE*) и Народне партије (*PP*), која је, као што је раније речено, каталонски статут сматрала неуставним. Штавише, Народна партија

морали да буду уподобљени одлуци Уставног суда, односно њихове одредбе које су пандан укинутим одредбама каталонског статута су морале да буду или измењене у парламентима аутономних заједница или укинуте посебним одлукама Уставног суда. Одредбе каталонског статута које су најчешће и најрадије прихватане у статутима других аутономних заједница јесу оне које се односе на успостављање билатералних односа између аутономне заједнице и централне власти (чиме се заобилази модел предвиђен Уставом Шпаније), стварање новог система судске власти, као и на различита правила о финансирању аутономних заједница из државног буџета.

5. ПОЛИТИЧКЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

Одлука Уставног суда изазвала је бурну реакцију грађана Каталоније – свега неколико дана након њеног објављивања организоване су највеће демонстрације икада одржане у тој аутономној заједници. Иако не постоје прецизне процене о броју учесника, верује се да је на улице Барселоне изашло неколико стотина хиљада демонстраната (каталонски медији су наводили број од чак 1.500.000 људи, док су медији у Мадриду јавили да их је било око 100.000). Грађани су на тај начин недвосмислено показали подршку већој аутономији Каталоније, која је изостала у моменту одржавања референдума о усвајању Статута 2006. године, када је на референдуму учествовало мање од половине од укупног броја бирача. Један од главних захтева који су том приликом истакнути био је организовање референдума о независности Каталоније.

Осим одлуке у случају Статута, велика економска криза у Шпанији, која је почела 2008. године, додатно је оптеретила традиционално деликатне односе између Каталоније и државе. За разлику од неких аутономних заједница које не негују посебан национални идентитет у којима се чак разматрале уступање појединих надлежности централним властима, коалиција на власти у Каталонији – десничарска Конвергенција и унија (*Convergència i Unió*), сматрала је да су главни узрок великог фискалног дефицита у тој аутономној заједници њене велике обавезе у сфери финансијског уједначавања унутар Шпаније (чему је, између осталог, допринела и одлука Уставног суда о Статуту, којом су укинуте његове кључне одредбе о финансијском уједначавању). Артур Мас (*Artur Mas i Gavarró*), председник Каталоније, затражио је због тога да Каталонија закључи са централном владом нови фискални споразум у септембру 2012,

---

је у случају Андалузије подржала неколико одредаба које су биле верна копија оних одредаба каталонског статута против којих је покренула поступак за оцену устав ности пред Уставним судом.

што је шпански премијер Маријано Рахој (*Mariano Rajoy Brey*) одбио. Мас је затим распустио каталонски парламент и заказао нове изборе, обећавши при том да ће, уколико на изборима однесе победу, организовати референдум о независности Каталоније у наредне четири године. Каталонска влада је истовремено објавила да ће у реализацији тог циља искористити све правне механизме који јој стоје на располагању у оквиру правног система Шпаније. Нескривене сепаратистичке тенденције каталонских власти довеле су до муњевите реакције Кортеса, који је крајем септембра 2012. усвојио измене и допуне Органског закона о различитим облицима референдума (*Ley Orgánica sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum*). То се догодило непосредно након што је двотрећинска већина у каталонском парламенту потврдила одлуку о одржавању референдума. Кортес је поставио готово непремостиве правне препреке којима се блокира сваки покушај организовања референдума у аутономним заједницама, јер закон прописује да је организовање референдума искључиво овлашћење државе (чл. 2, ст. 1). Представници шпанске Владе су исказали став да би референдум о независности Каталоније који би се одржао само у Каталонији био неуставан, већ да би он евентуално могао да се одржи на целој државној територији.[56] С друге стране, председник Каталоније је изјавио да ће референдум свакако бити организован, чак и у случају да га државне власти забране.[57]

Дилема да ли конститутивне јединице имају право да својом вољом напусте сложену државу, односно да ли је у федералним државама допуштена сецесија (иако је још увек спорно питање да ли је Шпанија уопште федерална држава[58]), старија је од једног века. Право на сецесију у принципу је противно природи и циљевима федералне државе и представља својство конфедерације, јер „федерација није механички склоп атомизованих делова, него је држава која је

[56] Two thirds of the Catalan Parliament approve organising a self determination citizen vote within the next 4 years, *http://www.catalannewsagency.com/news/politics/two thirds catalan parliament approve organising self determination citizen vote withi*, 28.9.2012.

[57] The Catalan President will organise a vote for self determination even if the Spanish Government bans it, *http://www.catalannewsagency.com/news/politics/catalan president will organise vote self determination even if spanish government ban*, 26.9.2012.

[58] Као што је речено, оригинални шпански облик државног уређења је у теорији уставног права изазвао одређена спорења, јер различити аутори нису саглас ни у оцени да ли је Шпанија децентрализована унитарна држава или федерација. Делује да ипак има више аргумената у прилог тврдњи да се ради о федералној држави, јер су у довољној мери задовољена сва три „мерила федерације“ (начела супрематије, аутономије и партиципације). О мерилима вид. Pierre Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Paris Milan Barcelona Mexico 1989, 53 57; Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2012, 371 373.

виша од интереса и воља посебних федералних јединица“.[59] То и јесте разлог што већина уставноправних писаца сматра да је право једностраног отцепљења у потпуној супротности са истинским федералним уређењем, мада му се не може оспорити демократски карактер. Од класичних аутора, такав став су успешно заступали Роналд Вотс (*Ronald Watts*) и Кенет Вер (*Kenneth C. Wheare*), а међу новијим писцима Кас Санстејн (*Cass R. Sunstein*).[60] Али, у савременој уставноправној књижевности се у вези са конституционализацијом сецесије могу прочитати и знатно другачија мишљења, чији аутори нуде веома уверљиву аргументацију. Вејн Норман (*Wayne Norman*) сматра да је веома мудро и политички сврсисходно самим уставом прописати право на отцепљење, јер се тако нормира и сâма процедура за реализацију тог права. Поступак за остварење права на сецесију, сматра овај аутор, ипак треба да буде уређен тако да делује обесхрабрујуће на евентуалне сепаратисте.[61] Сличног је става и Данијел Вејнсток (*Daniel Marc Weinstock*).[62] Иако, дакле, делује да је доктрина подељена у вези са дилемом о конституционализацији сецесије, и присталице и противници проглашења тог права теже ка истом исходу, а то је очување територијалне целовитости сложене државе. Они се разликују једино у начину на који се до таквог исхода долази – једни тврде да је боље по сваку цену негирати право на сецесију, док други сматрају да признавање права сецесије у федералном уставу по сложеној процедури управо треба да доведе до спречавања остварења тог права у пракси.[63]

---

[59] Р. Марковић (2012), 381.

[60] Опширније о овим ставовима: Ronald Watts, *New Federations*, Oxford 1966, 309 310; Kenneth C. Wheare, *Federal Government*, London 1956, 90 91; Cass R. Sunstein, „Constitutionalism and Secession“, *University of Chicago Law Review* 58/1991, 634. Према Санстејновом мишљењу, један од главних циљева модерне државе јесте унапређење демократије која се заснива на компромисима, сарадњи и разумевању, а томе ни на који начин не би допринело постојање права на сецесију. Насупрот томе, право једностраног отцепљења би, према речима Санстејна, само узроковало повећање политичке нестабилности и нетолеранције у друштву.

[61] Wayne Norman, *Secession and (Constitutional) Democracy*, „Centre for Applied Ethics“ (University of British Columbia), 2000, 6.

[62] Daniel Marc Weinstock, „Toward a Proceduralist Theory of Secession“, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 13, 2/2000, 261 262. Он се, аргументујући у прилог уставног признавања права на сецесију служи интересантном компарацијом, јер пореди забрану отцепљења са забраном проституције и лаких дрога. Његово је мишљење да је непожељне друштвене појаве опортуно легализовати и на тај начин држати под контролом, јер ће они који претендују да остваре уставом зајемчена пра ва бити обавезни да се придржавају сложене процедуру, која ће их, на самом крају, одвратити од њиховог практичног остварења.

[63] Међу двадесетак савремених федерација у свету, свега су две уставом при знале право федералних јединица на иступање из свог састава Св. Китс и Невис и Етиопија. При томе је у првој федерацији дозвољено једнострано отцепљење (то је и логично с обзиром на то да се ради о двочланој федерацији), док је у другој

Иакоо је једнострано отцепљење, нажалост, у много већој мери политичко него правно питање, које углавном зависи од тренутног односа снага у одговарајућем друштву (и евентуалне подршке међународне заједнице централној власти или сепаратистима), понекад ефикасни правни механизми могу да допринесу његовом спречавању. Тренутне политичке прилике у Шпанији нису најбоље – док неки у Мадриду прете Каталонији војном интервенцијом, оправдавајући је тиме да војска мора да штити уставни поредак Шпаније, Каталонци тврде да нико не може да им негира право на самоопредељење и траже заштиту Европске уније. Устав Шпаније, додуше, заиста предвиђа инструменте путем којих држава може интервенисати у аутономним заједницама.[64] Али делује да би ипак целисходније било да шпанска влада и парламент покушају да, у сарадњи са каталонским властима, правно уобличе или забрану сецесије (тако што ће, на другој страни, евентуално удовољити неким од захтева за већом аутономијом) или дефинишу „правила игре" за њено остварење (у том случају би било нереално очекивати једнострано отцепљење, већ процедуру која укључује сарадњу више нивоа власти).

Решење проблема могло би да има различите правне облике. Прва и најбоља могућност била би промена Устава, којом би се у највиши правни акт унеле одговарајуће норме – или оне које би прописивале поступак за иступање аутономних заједница из састава Шпаније или забрану таквог иступања.[65] Друга, лошија солуција, била би доношење закона којим би се регулисала процедура отцепљења или његова забрана. Правно посматрано, овакво решење не би било добро, јер обични закони не би требало да уређују тако важна уставна питања. Уосталом, ни скорашње измене закона о референдуму нису наишле на добар одјек у Каталонији. Осим тога, такво законско решење би највероватније било противно Уставу. Трећа могућност била би консултовање Уставног суда, али је она најмање реална, с обзиром на то да шпански Уставни суд формално нема надлежност да даје правна мишљења или тумачења Устава.[66] Осим тога, он је потпуно изгубио легитимитет у каталонској аутономној заједници након што је донео одлуку о њеном статуту.

Но, правном решењу свакако морају да претходе преговори између два нивоа власти и договор између њих. Компромис је сигурно

прописан компликован поступак у неколико фаза, који потпуно одговара наведеним Нормановим и Вејнстоковим теоријским конструкцијама.

[64] „Уставом је, у случају да аутономна заједница не испуњава обавезе које јој намећу устав или закони, или поступа на начин који тешко вређа интересе Шпаније, предвиђено да влада може усвојити мере неопходне да испуни поменуте обавезе, односно да заштити наведени општи интерес", М. Јовичић (1996), 41.

[65] О поступку промене Устава Шпаније, вид. S. Harty, 331 332.

[66] E. G. Lopez, 540 541.

могућ, јер ово није први пут да је Шпанија суочена са сецесионистичким претњама.[67] Штавише, „тежња за посебношћу, па и одређеним облицима аутономије, која је понекад добијала и сепаратистичке облике, била је константа шпанске историје".[68] Разуме се, не треба гајити илузије да могуће постићи такав компромис који ће, попут „чаробног штапића", моментално решити проблеме и одстранити конфликте у једном дубоко подељеном друштву, већ је потребно да се пронађу ефикасни механизми за њихово контролисање, „амортизовање" и постепено санирање.[69] Тај институционални аранжман би требало да пружи могућност свим грађанима и аутономним заједницама да несметано испољавају своје различитости, остварујући при том заједничке циљеве преко централних државних органа. Један од главних циљева требало би да буде поновно развијање „двоструког идентитета" код Каталонаца, о којем говори Морено, а који подразумева истовремени осећај припадности каталонској заједници, с једне, и шпанској нацији, с друге стране.[70] Уколико способност за постизање компромиса и демократска политичка култура превагну над жељом супротстављених страна да по сваку цену до краја остваре своје циљеве, може се очекивати да ће деволуција у Шпанији бивати све спорија и да ће се зауставити у моменту када успостави еквилибријум између њихових противречних потреба. Незахвално је прогнозирати који ће сценарио задесити Шпанију, али је пожељно да он буде креиран у демократском политичком амбијенту и уз компромис свих политичких актера, јер једнострани потези на дужи рок по правилу не решавају проблеме, већ их само продубљују и стварају нове.

[67] Вид. Siniša Tatalović, *Manjinski narodi i manjine u zapadnoj demokraciji*, Zagreb 1995, 43 49.

[68] М. Јовичић (1996), 37.

[69] Руиз Алмендрал сматра да би решење било могуће уобличити и „чак и без ревизије Устава, који је довољно флексибилан да прихвати потенцијално асиметри чан федерални систем", V. Ruiz Almendral, 38.

[70] L. Moreno, 5.

Dr. Marko Stanković

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SPAIN ON CONSTITUTIONALITY OF THE STATUTE OF CATALONIA AND ITS CONSEQUENCES

Summary

After the Spanish Constitutional Court decision on the constitutionality of the Statute of Autonomy of Catalonia, the officials of this autonomous community have expressed intention to organize a referendum with regards to its independence. According to the ruling of the Spanish Constitutional Court, Catalonia had overstepped the limits of its autonomous jurisdiction in the new Statute. The decision of the Constitutional Court on the constitutionality of several provisions of the Statute have provoked negative reactions of both the general public and the constitutional experts of Catalonia, and resulted in constitutional and political crisis in Spain. This paper is devoted to the analysis of the aforesaid decision of the Constitutional Court of Spain, examination of its legal and political consequences, and assessment of the likelihood of preventing the scenario of unilateral secession.

Key words: *Constitution of Spain of 1978. – Statute of Catalonia. – Autonomous Community. – Constitutionality. – Constitutional Court of Spain.*

УДК 347.44(497.11) ; 341.241.8

Др Милена Ђорђевић[*]

КОНВЕНЦИЈА УН О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ У СРПСКОМ ПРАВУ И ПРАКСИ ИСКУСТВА И ПЕРСПЕКТИВЕ

Рад разматра питања од значаја за унификацију права међународне продаје, пре свега на примеру Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција). У раду се анализира и утицај Бечке конвенције на реформу уговорног права од међународног, преко регионалног до национал ног нивоа и указује на значај овог међународног инструмента за даљу реформу српског уговорног права. Посебна пажња у раду је посвећена примени Бечке конвенције у српској судској и арбитражној пракси, уз одговарајуће предлоге усмерене ка побољшању квалитета њене примене, како у погледу испуњености услова за примену, тако и на плану аутономног тумачења њених одредаба.

Кључне речи: *Бечка конвенција. Унификација права. Реформа уговорног права. Област примене. Аутономно тумачење.*

1. УНИФИКАЦИЈА ПРАВА МЕЂУНАРОДНЕ ПРОДАЈЕ

Обим међународне размене роба представља један од најзначајнијих фактора развоја сваког савременог друштва. Ова размена доприноси задовољењу људских потреба свих нивоа: од најелементарнијих до најсофистициранијих. Данас је неспорно да олакшање међународне размене роба истовремено води и ка већем благостању. То је разлог због кога се, на свим нивоима, од националних, преко регионалних, па до међународног, предузимају бројне мере усмерене ка том циљу, које, између осталог, обухватају смањење или потпуно отклањање царина и нецаринских препрека слободи трговине,[1] успостављање

---

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *milena@ius.bg.ac.rs*.

[1] Више о унификацији права међународне трговине под окриљем Светске трговинске организације и Европске уније, вид. Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Унификација права међународне трговине под окриљем СТО Пут ка слободнијој

зона слободне трговине и царинских унија и унификацију правила под којима се одвијају послови међународне трговине.[2]

Како је уговор о продаји најчешћи и најважнији облик међународне трговинске размене, то је унификацији правила која регулишу овај правни инструмент посвећена посебна пажња у међународним оквирима. Циљ унификације правила везаних за уговор о међународној продаји робе је пружање гаранције правне сигурности свим учесницима у међународној трговини, стварање услова за њено несметано одвијање и даљи развој и постизање значајног умањења трансакционих трошкова.[3]

међународној трговини", *Правни живот* 11/2012, 319 338; Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Неки институти царинског права Европске уније у светлу праксе Европског суда правде и Тела за решавање спорова Светске трговинске организације", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније 2011* (ур. Вук Радовић), Београд 2011, 373 410; Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Нецаринске мере заштите као мере ограничења слободе трговине робом у светлу праксе Европског суда правде и Тела за решавање спорова Светске трговинске организације", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније 2012* (ур. Вук Радовић), Београд 2012, 304 334.

[2] Вид. Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, New York 2012, 33 50; Јелена Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012, 156 159; Luca Castellani, „The contribution of UNCITRAL to the harmonization of international sale of goods besides the CISG", *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 28 38; Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law Text, Cases and Materials,* Oxford University Press, New York 2007; Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Службени лист СЦГ, Београд 2005, 17 45; Arthur Hartkamp, „Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review* 1 2/2003, 81 89; Michael Joachim Bonell, „Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope An Overview", *Uniform Law Review* 1 2/2003, 91 96; Herbert Kronke, „From International Uniform Conventions to Model Laws From Guides to Principles: The Choice of Approach", *Evolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international* (eds. Louis Perret *et al.*), Wilson & Lafleur, Montréal 2002, 283 и даље; René David, „The International Unification of Private Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, *II*, JCB Mohr, Tübingen 1971, ch. 5.

[3] Вид. Ernst Rabel, *The Draft of a Uniform Law Concerning International Sales of Goods*, UNIDROIT, Rome 1947, 7; René David, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand Auzias, Paris 1950, 180 182; Ernst Rabel, „Observations sur l'utilité d'une unification du droit de la vente au point de vue des besoins du commerce international", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 22/1957, 123; Aleksandar Goldštajn, „The New Law Merchant", *The Journal of Business Law* (ed. Clive M. Schmitthoff), Steven & Sons Limited, London 1961, 12 17; Clive M. Schmitthoff, *The Unification of the Law of International Trade*, Skandinavian University Books, Göteborg 1964, 8 9; Владимир Капор, „Унификација правила међународног робног промета", *Последипломски магистарски курс из области привреднoправних наука*, књига 8 (ур. Славко Царић), Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 1976, 1 14; Ивица Јанковец, „Хармонизација права европских земаља у погледу накнаде евентуалне штете и неимовинске штете због повреде уговора", *Правни живот* 5 6/2001, 55; Helmut Wagner, „Costs of legal uncertainty: is harmonization of law a good solution?", *Modern Law for Global Commerce, Proceedings of the Congress of the*

О значају унификације права међународне продаје сведочи и недавно спроведена анкета међу руководиоцима и правним заступницима компанија које се баве спољном трговином у 27 земаља Европске уније. Она показује да је обим међународне трговине између земаља чланица ЕУ мањи за неколико десетина милијарди евра годишње управо због постојања разлика у системима уговорног права,[4] које велики број трговаца сматра тешко премостивом препреком у прекограничној трговини.[5] Управо из ових разлога већина испитаника се изјаснила у прилог унификације европског уговорног права,[6] а исти разлози истицани су и у прилог унификације права продаје на глобалном нивоу.

2. БЕЧКА КОНВЕНЦИЈА КАО ИНСТРУМЕНТ УНИФИКАЦИЈЕ ПРАВА МЕЂУНАРОДНЕ ПРОДАЈЕ

Док на европском нивоу још увек траје процес унификације уговорног права[7] праћен дискусијама у погледу облика и обавезности

United Nations Commission on International Trade Law held on the Occasion of the For tieth Session of the Commission, Vienna, 9 12 July 2007, UN, New York 2011, 53 60; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, 33; Радован Вукадиновић, „О оправданости заједничких европских правила о продаји“, *Право и привреда* 4 6/2012, 598 599.

4 Вид. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Coun cil on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD), *http://eur lex.europa.eu/LexUri Serv/LexUriServ.do?uri COM:2011: 0635:FIN:EN:PDF*, 20. септембар 2012.

5 Иако су порески прописи и формалности око увоза и извоза оцењени као нешто веће препреке у спољнотрговинском пословању од препрека уговорно правног карактера, чак 35% испитаника је потврдило да проблеми сазнања страног уговорног права представљају препреку која утиче на њихову одлуку о изласку на страно тржиште, 31% испитаника је сматрало препреком тешкоће у добијању прав них савета о страном уговорном праву а 30% се изјаснило да се нерадо саглашавају са уговарањем страног уговорног права. Чак 64% испитаника се изјаснило да су их препреке спољној трговини уговорног карактера барем једном спречиле у закључењу спољнотрговинског посла. Истраживање је спроведено на узорку од 6.457 менаџера (руководилаца компанија или правних заступника) из компанија које се баве спољном трговином у 27 земаља ЕУ у периоду од 14. до 22. јануара 2011. године. Вид. *Eurobarometer 320 on European contract law in business to business transactions* 2011, *http://ec.europa.eu/public opinion/flash/fl 320 sum en.pdf*, 20. септембар 2012.

6 Чак 70% испитаника се изјаснило да би уговором предвидели европско уговорно право кад би такво право постојало (30% се изјаснило да би врло вероват но то учинило, а 40% да би вероватно то учинило); 52% испитаника подржава идеју да европско уговорно право замени постојећа национална уговорна права, док се 38% испитаника изјаснило да би опциони (*opt in*) инструмент европског уговорног права био бољи приступ хармонизацији уговорног права ЕУ од обавезне примене европског уговорног права уместо националног уговорног права. Вид. *Eurobarometer 320 on European contract law in business to business transactions* 2011, *http://ec.europa.eu/ public opinion/flash/fl 320 sum en.pdf*, 20. септембар 2012.

7 Потреба смањења трансакционих трошкова и правне несигурности на тржи шту Европске уније условила је почетак рада на унапређењу и унификацији заједничког европског уговорног права 201. године и стварање акционог плана у том смислу 2003.

предвиђеног правног оквира,[8] дотле је на глобалном нивоу на захтеве трговаца за једнообразним правним оквиром када је међународна продаја у питању задовољавајући одговор обезбеђен још 1980. го-

године. Тако је 2008. године донет *Draft Common Frame of Reference*, јуна 2010. године „Зелени папир" о могућим модалитетима правног оквира ради стварања европског уговорног права, а октобра 2011. године усвојен је и предлог Регулативе о заједничком европском праву продаје чија примена зависи од споразума странака (чл. 4 Предло га), те представља *opt in* инструмент. Вид. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Brussels, 11.7.2001, COM (2001) 398 final, *http://ec.europa.eu/consumers/cons int/safe shop/fair bus pract/ cont law/cont law 02 en.pdf*, 1. септембар 2012; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council A more coherent European contract law An action plan, 12.2.2003, COM (2003) 68 final, *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri CELEX:52003DC0068:EN:HTML*, 1. септембар 2012; Christian von Bar *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier ELP, Munich 2009; Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses, Brussels, 1.7.2010, COM (2010) 348 final, *http://eur lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri COM:2010:0348: FIN:en:PDF*, 1. септембар 2012; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD), *http://eur lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri COM:2011: 0635:FIN:EN:PDF*, 1. септембар 2012.

[8] Више о томе вид. Р. Вукадиновић (2012), 596 617; Атила Дудаш, „Од начела европског уговорног права до Нацрта оквирних правила", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012, 319 336; Reiner Schulze, Jules Stuyck (eds.), *Towards a European Contract Law*, Sellier ELP, Munich 2011; Christian Twigg Flesner, *The Europeanisation of Contract Law Current controversies in law*, Routledge Cavendish, New York 2008, 139 166, 181 193; Christian von Bar, „The Launch of the Draft Common Frame of Refer ence", *Juridica International* XIV/2008, 4 9; Hans Schulte Nölke, „From the Acquis Com munautaire to the Common Frame of Reference the Contribution of the Acquis Group to the DCFR", *Juridica International* XIV/2008, 27 31; Марина Матић, *Хармонизација и унификација уговорног права у Европској унији*, магистарски рад, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад 2007; Stefan Vogenauer, Stephen Weatherill, „The European Community's Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law an Empirical Contribution to the Debate", *The Harmonization of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* (eds. Stefan Voge nauer, Stephen Weatherill), Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, 105 148; Peter Huber, „Com parative Sales Law", *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. Mathias Reinman, Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, New York 2006, 942 949; Christian von Bar, „Working Together Toward a Common Frame of Reference", *Juridica International* X/2005, 17 26; Hugh Beale, „The Development of European Private Law and the Euro pean Commission's Action Plan on Contract Law", *Juridica International* X/2005, 4 17; Viola Heutger, Christoph Jeloschek, „Towards Principles of European Sales Law", *Towards a European Civil Code* (eds. Arthur Hartkamp *et al.*), Kluwer Law International, The Hague 2004, 533 550; Душан Николић, *Хармонизација и унификација грађанског права елементи за стратегију развоја правне регулативе*, Нови Сад 2004, 113 120; Guido Alpa, „European Private Law: Statutory Bases and Action Plans", *Правни живот* 10/2003, 5 35; Dirk Staudenmayer, „The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects", *International & Comparative Law Quarterly* 51/2002, 673 688; Радован Вукадиновић, „Начела европског уговорног права у процесу европеизације приватног права", *Начела европског уговорног права и југословенско прав*о (ур. Радован Вукадиновић), Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2001, 29 55; Ole Lando, „Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?", *American Journal of Comparative Law* 40/1992, 573 585.

дине доношењем Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција).[9] Данас се за њу с правом може рећи да представља основни стуб унификованог глобалног правног поретка и *lingua franca* међународне трговине.[10]

Закључно са 1. октобром 2012. године, 78 држава је ратификовало Бечку конвенцију.[11] Од десет највећих земаља извозница у 2010. години, све изузев Велике Британије су земље уговорнице Бечке конвенције (Кина, САД, Немачка, Јапан, Холандија, Француска, Кореја, Италија и Белгија).[12] Даља последица изнетог је да се данас више од три четвртине послова међународне трговине одвија у систему Бечке конвенције,[13] односно да су питања закључења и извршења ових послова регулисана одредбама Конвенције, изузев ако је њена примена искључена.[14] Оправдано је зато закључити да

[9] Бечка конвенција донета је 11. априла 1980. године, а ступила на снагу 1. јануара 1988. године. Текст Конвенције на светским језицима доступан је на веб страници UNCITRAL а: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral texts/sale goods/1980CISG.html*, 1. јул 2012. Текст Конвенције на српском језику објављен је у Закону о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 10 1/84. СФРЈ је била једна од првих земаља које су ратификовале Конвенцију, и на тај начин допри нела њеном ступању на снагу 1988. године.

[10] У истом смислу вид. J. Перовић, 159; Peter Huber, „Typically German? two contentious German contributions to the CISG", *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 150; Hiroo Sono, „Contract law harmoniza tion and third countries: the case of the United Nations Sales Convention", *Modern Law for Global Commerce, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commis sion, Vienna, 9 12 July 2007*, UN, New York 2011, 239 240; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „The CISG A Story of Worldwide Success", *American Journal of Comparative Law* 57/2009, 457 458; Michael J. Bonell, „The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", *American Journal of Comparative Law* 56/2008, 4 5; Александар Ћирић, Предраг Цветковић, „Битна повреда уговора у општим изворима међународног привредног уговорног права", *Зборник радова Актуелна питања грађанске кодификације* (ур. Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић), Центар за публикације, Ниш 2008, 235; Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговор*а, Београд 2006, 108; Ole Lando, „CISG and Its Follow ers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law* 53/2005, 380; М. Драшкић, М. Станивуковић, 60; Peter Schlech triem, „Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations", *Juridica International* 10/2005, 27 28.

[11] Списак држава које су ратификовале Конвенцију доступан је на веб стра ници UNCITRAL а: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral texts/sale goods/1980 CISG status.html*, 1. октобар 2012.

[12] Вид. *http://stat.wto.org/Home/WSDBHome.aspx?Language E*, 1. јул 2012.

[13] С обзиром на то да је учешће земаља које су ратификовале Бечку конвенцију у укупном обиму светске трговине изузетно велико, то је и оправдан закључак да Конвенција, изузев ако стране нису друкчије уговориле, представља правни оквир у којем се одвија око 80% светске трговинске размене.

[14] Како је једно од основних начела националних уговорних права разних земаља света, па самим тим и Бечке конвенције, начело аутономије воље, то не чуди да се чланом 6 Конвенције уговорним странама оставља широка слобода у погле

Бечка конвенција представља најуспешнији инструмент унификације приватног права.

Наиме, данас не постоји конвенција која регулише питања материјалног уговорног права а да има више земаља потписница од Бечке конвенције. О њеним одредбама написано је више од 9.000 монографија и правних чланака, а Конвенција је примењена као меродавно право у више од 2.800 случајева из судске и арбитражне праксе широм света.[15] Иначе, оправдано се верује да је овај број и много већи јер је мали број арбитражних одлука у којима је Конвенција примењена доступан јавности због начела поверљивости поступка,[16] а истовремено опште је познато да се већина спорова из уговора о међународној продаји води пред арбитражом а не пред судом. На овај начин Конвенција је демантовала бројне скептике који јој, у време уобличавања њеног коначног текста, нису предвиђали успешну будућност.[17]

Упркос томе, још увек постоје аутори који сматрају да су мане у примени Конвенције веће од користи које се њоме остварују те се залажу за доношење новог Глобалног законика о продаји који би заменио Конвенцију и отклонио уочене недостатке у њеној примени. Као најважнији недостаци Конвенције наводе се: недовољно јасна методологија тумачења Конвенције, велики број правних празнина, непрецизне дефиниције појединих института, непостојање јасно издвојених основних начела Конвенције, разлике у преводу између шест аутентичних језика на којима је Конвенција објављена, широке могућности искључења примене Конвенције и измене њених одредаба, непостојање тела за аутентично тумачење одредаба Конвенције, ограничено поље примене и др.[18]

ду искључења примене Конвенције или појединих њених одредби, односно измене њиховог дејства. Више о неким од проблема који се у вези са тим могу јавити у пракси вид. Jack Graves, „CISG Article 6 and issues of formation: the problem of circularity“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 124 139.

[15] Најпотпунија листа објављених радова из ове области и судске и арбитражне праксе доступна је на веб сајту Пејс универзитета из САД, *http://www.cisg.law.pace.edu* (*Pace*) и швајцарској интернет бази података *CISG Online* (*www.cisg online.ch*). За упознавање са међународном праксом у примени Бечке конвенције користан је списак база података објављен у часопису *Право и привреда* 9 12/2007, 102 104. О примени Бечке конвенције у српској арбитражној пракси вид. Vladimir Pavić, Milena Đorđević, „Application of the CISG before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce Looking Back at the Latest 100 Cases“, *The Journal of Law & Commerce* 28/2009, 1 62.

[16] У прилог овој тврдњи вид. Nils Schmidt Ahrendts, „CISG and Arbitration“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 213.

[17] Вид. „Дискусија са Саветовања о Нацрту конвенције о међународној продаји робе, одржаног 12. јануара 1977. године у Институту за упоредно право у Београду“, *Страни правни живот* 94/1977, 63 83.

[18] Вид. Christopher Sheaffer, „The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law“, *Cardozo Journal of International and Comparative*

Иако неки од набројаних недостатака заиста могу изазвати проблеме у примени Конвенције, сматрамо да је број држава који је до данас ратификовао Конвенцију најбољи показатељ да предлози усмерени ка доношењу новог текста који би заменио текст Конвенције не налазе своје практично оправдање.[19] Ово посебно с обзиром на чињеницу да је немогуће предвидети судбину било ког новог акта који би претендовао да заузме место постојећег. Било би чак помало и хазардерски ући у поступак супституције Бечке конвенције која се у већој или мањој мери успешно примењује на овако широком нивоу са актом чије контуре још увек нису познате, а чије би обликовање захтевало обимна истраживања и припремне радње којих за сад нема на видику. То истовремено не значи да верујемо да нема потребе за даљим радом на унификацији правила међународне трговине. Напротив, такве иницијитиве су добродошле, нарочито имајући у виду да Конвенција заиста не регулише сва питања од значаја за закључење и извршење уговора о међународној продаји робе (нпр. заступање, мане воље, услови, цесија, асигнација, уступање уговора и сл).[20] У том смислу подржавамо предлог који је Комисији УН за међународно привредно право (UNCITRAL) недавно упутила Швајцарска и који је усмерен ка даљој унификацији уговорног права у погледу питања која нису регулисана Бечком конвенцијом с циљем олакшања међународне трговинске размене.[21] Истовремено, сагласни смо и са ставом израженим у декларацији Саветодавног већа за примену Бечке конвенције који доводи у сумњу сврсисходност текућих регионалних напора на унификацији права продаје у мери у којој су они у колизији са одредбама Бечке конвенције.[22] Ово из разло-

Law 15/2007, 461 495; Gilles Cuniberti, „Is The CISG Benefiting Anybody?“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39/2006, 1511 1550; Paul B. Stephan, „The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law“, *Virginia Journal of International Law* 39/1999, 743 797.

[19] У истом смислу вид. Р. Вукадиновић (2012), 598.

[20] Више о томе вид. John Honnold, Harry Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Wolters Kluwer, AH Alphen aan den Rijn 2009, 74 92; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 4“, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, New York 2010, 74 95; Milena Đorđević, „Article 4“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), CH Beck, Hart, Nomos, München 2011, 62 88.

[21] Вид. Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law, A/CN.9/758, 8.5.2012, *http://www.un.org/ga/search/view doc.asp?symbol A/CN.9/758*, 1. јул 2012.

[22] Вид. Декларацију Саветодавног већа за примену Конвенције бр. 1 *The CISG and Regional Harmonization,* од 3. августа 2012. године (известилац Мајкл Брицџ), *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG AC dec1.html*, 1. октобар 2012. Више о раду Саветодавног већа вид. Милена Ђорђевић, „Рад Саветодавног већа за примену

га што такви регионални пројекти директно нарушавају резултате остварене на глобалном нивоу и могу представљати како сметњу за проширење „породице“ земаља чланица Бечке конвенције, тако и озбиљну препреку на путу даље унификације правила уговорног права на међународном нивоу.[23]

3. БЕЧКА КОНВЕНЦИЈА КАО УЗОР ЗА РЕФОРМУ СРПСКОГ УГОВОРНОГ ПРАВА

Бечка конвенција је квалитетом решења садржаним у њеним одредбама и предностима које њена примена доноси остварила значајан утицај на глобалном нивоу, о чему најбоље сведочи број држава које су приступиле овом међународном инструменту. Штавише, Бечка конвенција је успела да изврши и значајан утицај на реформу уговорног права како на ширем међународном нивоу (UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора,[24] UNIDROIT Конвенција о међународном факторингу и UNIDROIT Конвенција о међународном лизингу[25]), тако и на европском (Начела европског уговорног права, Оквирни појмовник за европско уговорно право,[26] Директива о продаји робе широке потрошње, предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје и др.),[27] афричком (Једнообразни закон о општем трговачком праву),[28] те и на националним нивоима (нпр. Скандинавија, Квебек и

Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе од 1980. године“, *Право и привреда* 9 12/2008, 137 145.

[23] Декларација Саветодавног већа за примену Конвенције бр. 1 *The CISG and Regional Harmonization,* од 3. августа 2012. године (известилац Мајкл Брицџ), *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG AC dec1.html*, 1. октобар 2012.

[24] I. Schwenzer, P. Hachem, 461; M. J. Bonell (2008), 1 28; O. Lando (2005), 381; P. Schlechtriem (2005), 28 29; М. Драшкић, М. Станивуковић, 60; Reinhard Zimmermann, „Symposium: The Convention on the International Sale of Goods and its application in comparative perspective“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 68/2004, 428.

[25] Вид. Franco Ferrari, „The Relationship Between International Uniform Con tract Law Conventions“, *Journal of Law and Commerce* 22/2003, 57 75.

[26] У радовима српских аутора *Draft Common Frame of Reference* се преводи и као Предлог заједничког оквира за упућивање (вид. Р. Вукадиновић (2012), 597), Нацрт заједничког оквира (вид. Јелена Перовић, „Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права“, *Анали Правног факул тета у Београду* 1/2012, 187) и као Нацрт оквирних правила (вид. А. Дудаш, 329).

[27] I. Schwenzer, P. Hachem, 461; M. J. Bonell (2008), 1 28; Stefano Troiano, „The CISG's Impact on EU Legislation“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. Franco Ferrari), Munich 2008, 345 411; O. Lando (2005), 381; P. Schlechtriem (2005), 28 29; М. Драшкић, М. Станивуковић, 60; R. Zimmermann (2004), 428.

[28] Униформна правила за трговачке уговоре које је сачинила Организација за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA), такође налазе своју основу и узор у одредбама Бечке конвенције. Вид. I. Schwenzer, P. Hachem, 462; P. Huber, 950.

Естонија),[29] укључујући и законодавства трговинских велесила какве су Кина,[30] Русија,[31] Јапан[32] и Немачка,[33] а значајан утицај остварила је и у земљама англосаксонске правне традиције.[34]

Наведени примери утицаја овог текста који се протеже од међународног до националног законодавног нивоа потврђују да је разматрање правила Бечке конвенције важно не само из разлога што она данас чини део српског позитивног права, већ и зато што одредбе Бечка конвенције могу послужити као ваљан узор у даљој реформи српског уговорног права која је тренутно у току.

Голдштајн је, осетивши захтеве долазећег времена и потребе трговаца, још 1980. године указивао на значај хармонизације Закона о облигационим односима Југославије са одредбама Бечке конвенције како би се олашала позиција домаћих привредника,[35] а на овоме је десетак година касније инсистирао и Царић.[36] Аргументи који су тада изнети данас још више добијају на значају ако се узме у обзир то да су земље са којима српски трговци остварују највећи степен спољнотрговинске размене (преко 80% увоза и извоза Србије) управо земље потписнице Бечке конвенције,[37] као и околност да је

[29] Вид. Joseph Lookofsky, „Denmark“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 127; P. Huber, 951 952; John P. McEvoy, „Canada“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 42 43; Paul Varul, „CISG: a Source of Inspiration for the Estonian Law of Obligations“, *Uniform Law Review* 1 2/2003, 209 210.

[30] Извештај професора *Hixing Liang* а, шефа радне групе за измену кинеског уговорног права, сведочи да је Бечка конвенција извршила утицај на реформу кинеског уговорног права не само у домену права продаје већ на много ширем нивоу. Вид. Shiyuan Han, „China“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 84.

[31] Вид. Elvira Talapina, „Russia“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 263.

[32] Вид. Shinichiro Hayakawa, „Japan“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 229.

[33] Вид. Ulrich Magnus, „Germany“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 145.

[34] Petra Butler, „The use of the CISG in domestic law“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 7 27.

[35] Aleksandar Goldštajn, *Konvencija Ujedinjenih nacija o međunarodnoj prodaji robe u strukturi prava međunarodne trgovine*, Informator, Zagreb 1980, 57.

[36] Имајући у виду недовољно познавање Бечке конвенције у српским правним и стручним круговима Царић је истицао да је „[в]елики број спорова пред Међународним арбитражама... изгубљен због тога што нашим привредницима није довољно позната ова конвенција Уједињених нација, а која се у много чему разликује од законских одредаба о купопродаји робе у Закону о облигационим односима.“ Вид. Славко Царић, „О неким питањима уговорне одговорности у робном промету“, *Правни живот* 11 12/1992, 2134.

[37] Вид. статистичке податке о структури спољнотрговинске размене Србије за 2010. годину објављене на веб страници Светске трговинске организације, *http://stat.wto.org/Country Profiles/RS e.htm*, 1. јул 2012.

распадом СФРЈ овај простор, на коме су правила (унутрашње) трговине била јединствено регулисана Законом о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО), добио квалитет међународног тржишта које своја правила игре више не налази у одредбама ЗОО, већ у одредбама међународног правног инструмента – Бечке конвенције.[38] Не чуди зато да је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије у свом извештају из 2007. године изричито навела да полазну основу за израду дела Грађанског законика о облигацијама чини, између осталог, и Бечка конвенција,[39] а што анализа предложених решења у Преднацрту Грађанског законика из 2009. године и потврђује.[40]

[38] СФРЈ је ову конвенцију потписала 11. априла 1980. године, а ратификовала 27. децембра 1984. године (*Службени лист СФРЈ, Међународни уговори*, бр. 10 1/84). СРЈ је 12. марта 201. године упутила обавештење Секретаријату UNCITRAL а да је Конвенција на снази у СРЈ од 27. априла 1992. године, тј. од дана државне сукцесије. Бечка конвенција је остала на снази и у Државној заједници Србија и Црна Гора у складу са одредбом члана 63. Уставне повеље државне заједнице (*Службени лист Државне заједнице Србија и Црна Гора*, бр. 1/03, 26/05) и правилима међународног јавног права о континуитету државе. По иступању Црне Горе из државне заједнице 3. јуна 2006. године, Народна скупштина Републике Србије је на седници Другог ванредног заседања у 2006. години, одржаној 5. јуна 2006. године констатовала да је Република Србија, у складу са Полазним основама за преуређење односа Србије и Црне Горе („Београдски споразум“) и чланом 60 Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, постала следбеник Државне заједнице Србија и Црна Гора и у целости наследила њен међународно правни субјективитет и међународне докумен те, посебно Резолуцију 1244 Савета безбедности Уједињених нација, а полазећи од Уставном повељом Државне заједнице Србија и Црна Гора утврђеног права државе чланице која није искористила право на иступање из Државне заједнице Србија и Црна Гора да наследи право на међународно правни субјективитет Државне заједнице Србија и Црна Гора. Тако је и Бечка конвенција, заједно са другим међународним уговорима који су били на снази у Државној заједници Србија и Црна Гора, а на основу члана 60 став 4 Уставне повеље остала на снази на територији Републике Србије. Црна Гора је, с друге стране, свој статус државе уговорнице Конвенције на кнадно потврдила 23. октобра 2006. године предајом нотификације о сукцесији де позитару ове конвенције. И друге бивше СФРЈ републике су предајом нотификације о сукцесији потврдиле да Бечка конвенција чини део њиховог правног система од дана њихове независности. Вид. *http://www.uncitral.org/en index.htm*, 1. јул 2012.

[39] Вид. *Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, Извештај Комисије са отвореним питањима,* Влада Републике Србије, Комисија за изра ду Грађанског законика, Београд, новембар 2007, 149. Резултати рада ове комисије из области уговорног права објављени су 2009. године. Вид. Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт, *Грађански законик Републике Србије*, друга књига, Облигациони односи, Београд, 2009. године. О значају који се придаје Бечкој конвенцији у српској правној науци сведочи, између осталог, и чињеница да је у међународним бројевима часописа *Анали Правног факултета у Београду* за 2011. и 2012. годину објављено чак четрнаест радова из ове области. Вид. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011; *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2012.

[40] Примера ради, одредбе Преднацрта Грађанског законика у великој мери су усклађене са одредбама Конвенције када су у питању основи за раскид уговора. Наиме, Преднацрт Грађанског законика предвиђа постојање битне повреде уговора

4. ПРИМЕНА БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У СРБИЈИ

Анализа доступне судске и арбитражне праксе Србије показала је да се одредбе Бечке конвенције недовољно, па и неправилно примењују у нашој пракси, иако Конвенција чини саставни део српског права већ скоро четврт века.

Имајући у виду услове за примену Конвенције,[41] анализу токова спољнотрговинске размене учесника са местом пословања у Србији,[42] као и чињеницу да је искључење примене Бечке конвенције у нашој пракси изузетно ретко (што се можда може приписати и необавештености наших трговаца о *opt out* могућности),[43] било би

као основа за раскид уговора (чл. 138 и чл. 544 Преднацрта) изузев када је извршење обавезе у року битан састојак уговора. Битна повреда уговора (енг. *fundamental breach*) је темељ система правне заштите који предвиђа Бечка конвенција, а као основ за раскид уговора предлагана је још у Скици за Законик о облигацијама и уговорима (чл. 95, став 1) под утицајем решења Хашких закона о продаји робе из 1964. године, али овај институт није нашао своје место у финалној редакцији текста Закона о облигационим односима из 1978. године.

[41] Правило је да се Конвенција примењује увек кад су испуњени услови за њену примену, односно када је а) реч о уговору о продаји робе, а б) уговорне стра не долазе из различитих земаља и 1) обе стране имају место пословања у држава ма које су ратификовале Конвенцију или 2) када правила међународног приватног права упућују на право државе уговорнице (чл. 1 Конвенције), изузев ако је в) њена примена искључена. Избор права државе која је ратификовала Конвенцију, према преовлађујућем ставу судске и арбитражне праксе, неће се сматрати избором наци оналног закона који регулише уговор о продаји, већ избором Бечке конвенције, јер представља саставни део националног права који регулише међународну продају. Вид. одлуку аустријског Врховног суда од 2. априла 2009. године (*CISG Online* бр. 1889); одлуку грчког Првостепеног суда у Атини бр. 4505/2009 (*Pace*); одлуку холандског суда *Rechtbank Rotterdam* од 5. новембра 2008. године (*CISG Online* бр. 1817); одлуку америчког суда за источни округ Мичигена у случају *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.* од 28. септембра 2007. године (*CISG Online* бр. 1601); одлуку белгијског суда *Rechtbank van Koophandel, Hasselt* од 15. фебруара 2006. го дине (*CISG Online* бр. 1257); одлуку италијанског суда *Tribunale di Padova* од 25. фе бруара 2004. године (*CISG Online* бр. 819); одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Руске Федерације од 17. септембра 2003. године (*CISG Online* бр. 979); одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (у даљем тексту: српска СТА) бр. Т 2/00 од 9. децембра 2002. године (*CISG Online* бр. 2123); одлуку ICC арбитраже бр. 11333/2002 (*CISG Online* бр. 1420); одлуку Врховног суда јужне Аустралије у случају *Perry Engineering Pty Ltd v. Bernold AG* од 1. фебруара 201. године (*CISG Online* бр. 806); одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Украјине од 10. маја 1999. године (*CISG Online* бр. 1458); одлуку немачког Врховног суда од 25. новембра 1998. године (*CISG Online* бр. 353); одлуку француског Касационог суда од 17. децембра 1996. године (*CISG Online* бр. 220) и др.

[42] Подаци за 2010. годину указују да је преко 85% извоза из Србије ишло у земље које су ратификовале Бечку конвенцију, а преко 80% увоза долазило из земаља које су ратификовале Бечку конвенцију. Вид: *http://stat.wto.org/CountryProfile/WSDBCountryPFView.aspx? Language E&Country RS*, 1. јул 2012.

[43] Од неколико стотина разматраних предмета из српске судске и арбитраж не праксе изричито искључење Конвенције забележено је у свега четири случаја.

очекивано да се у архивама наших судова и арбитраже налази неколико стотина случајева у којима је Конвенција примењена. Међутим, резултати нашег истраживања су показали да то није случај, барем када је реч о доступним судским одлукама.[44]

Разлози оваквог поступања нам нису довољно познати, али се посредно да закључити да је нашим судијама још увек недовољно јасно када се Бечка конвенција има применити,[45] као и то да су они недовољно свесни супстанцијалних разлика између Бечке конвенције и Закона о облигационим односима, те да олако држе да применом ЗОО на случајеве на које би требало применити Бечку конвенцију по правилу долази до истог резултата.[46] Овоме може допринети и неспорни квалитет Закона о облигационим односима који га може учинити компаративно доминантним у мери да ремети и правила у хијерархији у примени паралелних правних извора различитог нивоа. Међутим, то не сме бити оправдање за овакво поступање судова у примени Конвенције.

Вид. арбитражну одлуку СТА Т 17/09 од 27. децембра 2010. године (необјављена); арбитражну одлуку СТА Т 19/08 од 28. априла 2009. године (необјављена); арбитражну одлуку СТА Т 15/07 од 17. августа 2009. године (*CISG Online* бр. 2039); решење Вишег трговинског суда, Х Пж 9418/2006 од 10. јула 2007. године по жалби на пресуду Трговинског суда из Чачка П 33/06 од 28. јуна 2006. године (*Pace*).

44 Свега десет одлука српских судова које разматрају питања у вези са при меном Бечке конвенције доступно је на веб страници Пејс Универзитета из САД (*http://www.cisg.law.pace.edu/ cisg/text/casecit.html#serbia*, 1. oktobar 2012.), а не што мање на базама српске судске праксе Indok и ParagrafLex. О примени Бечке конвенције у српској арбитражној пракси вид. V. Pavić, M. Đorđević, 1 62.

45 Више о области примене Конвенције вид. Тибор Варади *et al., Међународно приватно право*, Београд 2012, 415 421; Jelena Perović, „Selected critical issues regarding the sphere of application of the CISG“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 181 195; Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право посебни део: Уговори међународне трговине*, Бањалука Крагујевац 2010, 41 59; V. Pavić, M. Đorđević, 5 24; Радован Вукадиновић, „Територијални домашај примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји“, *Право и привреда* 5 8/2007, 427 440; Александар Ћирић, Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право посебни део*, Ниш 2005, 50 52; М. Драшкић, М. Станивуковић, 133 148; Јелена Перовић, *Битна повреда уговора Међународна продаја робе,* Службени лист СЦГ, Београд 2004, 32 84; Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, Јустинијан, Београд 2003, 141 143; Маја Станивуковић, „Поље примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе у досадашњој судској и арбитражној пракси“, *Право и привреда* 5 8/2000, 931 944; Гашо Кнежевић, „Сфера примене Конвенције УН о међународној продаји робе и Закона о облигационим односима“, *Правни живот* 2 3/1989, 607 613; Јелена Вилус, *Коментар Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе*, 1980, Информатор, Загреб 1981, 3 17.

46 Примера ради, у два случаја пред Привредним апелационим судом, суд је потврдио нижестепену одлуку иако је утврдио да је у њој погрешно примењено материјално право (ЗОО уместо Конвенције). Вид. пресуду Привредног апелационог суда бр. 6 Пж. 11666/10 од 5. маја 2011. године и пресуду бр. 6 Пж. 12483/10 од 8. јуна 2011. године. У истом смислу вид. пресуду Вишег трговинског суда, XVIII Пж. 9326/2005 од 7. фебруара 2006. године.

Из ових разлога, сматрамо да би уношење одредбе из члана 505 Преднацрта Грађанског законика у наш правни систем, према којој је изричито предвиђено да се: „*на међународну трговачку продају примењује Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године, кад су испуњени услови за примену предвиђени том Конвенцијом*", пре било од посебног значаја но што је сувишно. Наиме, иако би се ова примена подразумевала и без навођења изричите одредбе у том смислу, верујемо да ће њено уношење у Преднацрт Грађанског законика Србије допринети ширењу свести о постојању овог правног извора а тиме и повећању броја предмета у којима је Конвенција примењена, те самим тим допринети правилнијем позиционирању Конвенције у српском правном систему и повећању степена правне сигурности у међународним трговинским односима.

Међутим, за правилну примену Конвенције, није довољно само правилно утврдити да ли су испуњени услови за њену примену, већ је неопходно и правилно протумачити смисао њених одредаба и то на аутономан начин, имајући у виду њен међународни карактер (чл. 7, ст. 1 Конвенције).[47] Конвенција ће бити правилно примењена само ако су оба наведена захтева испуњена.

Анализа доступне српске судске и арбитражне праксе је указала да и по овом питању постоји негативан тренд у нашој пракси тј. тенденција судова (арбитраже) да се у доношењу одлука воде принципом доминације домаћег права чак и када нађу да се Конвенција

---

[47] Потреба аутономног тумачења Бечке конвенције више пута је истицана како у правној теорији тако и у пракси. Више о томе вид. P. Butler, 7 8; Franco Ferrari, „Have the Dragons of Uniform Sales Law Been Tamed? Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts", *Sharing International Commercial Law across National Boundaries, Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of His Eightieth Birthday* (eds. Cammilla Baasch Andersen, Ulrich Schroeter), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London 2008, 139 46; Cammilla Baasch Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law. Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn 2007, 47; Ј. Перовић (2004), 31; Предраг Цветковић, „Тумачење уговора о међународној продаји робе: улога начела савесности и поштења и проблем 'међународне' интерпретације", *Право и привреда* 5 8/2001, 970 973; Harry Flechtner, „The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)", *The Journal of Law & Commerce* 17/1998, 187; Susanne Cook, „The Need for Uniform Interpretation of the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *University of Pittsburgh Law Review* 50/1988, 197; John O. Honnold, „The Sales Convention in Action Uniform International Words: Uniform Applications?", *The Journal of Law & Commerce* 8/1988, 208; одлука грчког Првостепеног суда у Атини у предмету бр. 4505/2009 из 2009. године (*Pace*); одлука америчког Федералног суда за округ Пенсилваније у случају *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.,* од 6. јануара 2006. године (*CISG Online* бр. 1175); одлука америчког Окружног суда државе Њујорк у случају *St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.,* од 26. марта 2002. године (*CISG Online* бр. 615); одлука немачког Врховног суда од 3. априла 1996. године (*CISG Online* бр. 615); одлука швајцарског суда *Richteramt Laufen*, од 7. маја 1993. године (*CISG Online* бр. 136).

примењује,[48] или да се истовремено позивају и на одредбе Конвенције и на одредбе српског права у образлагању својих одлука.[49] Овакав однос судова (арбитраже) према Конвенцији можемо приписати, с једне стране, потреби људске природе да се држи оног што јој је боље познато,[50] али и чињеници да одредбе Бечке конвенције, на први поглед, подсећају на одредбе Закона о облигационим односима. Ово и не чуди, с обзиром на то да су се оба текста делимично угледала на исти извор – Хашке једнообразне законе о међународној продаји робе из 1964. године.[51] Међутим, како се састав радних група на изради

[48] V. Pavić, M. Đorđević, 24 25. У истом смислу за коментар стране судске праксе вид. Franco Ferrari, „Homeward Trend: What, Why and Why Not“, *CISG Meth odology* (eds. André Janssen, Olaf Meyer), Sellier ELP, Munich 2009, 171 206; Franco Ferrari, „The CISG and its Impact on National Legal Systems General Report“, *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (ed. F. Ferrari), Sellier ELP, Munich 2008, 457 462; Ingeborg Schwenzer, Christopher Kee, „International Sales Law The Actual Practice“, *Penn State International Law Review* 29 3/2011, 442 444; Larry Di Matteo *et al.*, *International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cam bridge University Press, New York 2005, 174 177.

[49] Примера ради, у неколико случајева из праксе Спољнотрговинске ар битраже при Привредној комори Србије арбитри су се позивали како на одред бе Конвенције, тако и на одредбе Закона о облигационим односима, приликом: а) усвајања захтева продавца за плаћање цене од стране купца (вид. одлуку СТА бр. Т 6/10 од 30. новембра 2010. године (*CISG Online* бр. 2257), одлука СТА бр. Т 12/09 од 1. новембра 2010. године (*Pace*); одлука Т 13/08 од 16. марта 2009. годи не (*Pace*); одлука СТА бр. Т 14/07 од 23. маја 2008. године (*CISG Online* бр. 2272)); б) одређивања на који начин и у ком месту купац има платити цену (вид. одлуку СТА бр. Т 3/01 од 24. септембра 201. године (*CISG Online* бр. 1854)); в) усвајања захтева тужиоца за накнаду штете (вид. одлуку СТА бр. Т 22/05 од 30. октобра 2006. године (*CISG Online* бр. 2081)); г) усвајања захтева тужиоца за плаћање камате (вид. одлуку СТА бр. Т 16/03 од 27. јануара 2009. године (CISG Online бр. 2267)). Слична пракса забележена је и у региону. Вид. одлуку црногорског Апелационог суда у Под горици Мал. бр. 118/04 од 20. фебруара 2007. године (*CISG Online* бр. 2035); одлуку Апелационог суда у Солуну бр. 2923/2006 (*Pace*); одлуку словеначког Вишег суда у Љубљани бр. 1 Cpg. 1305/2003 од 14. децембра 2005. године (*CISG Online* бр. 1959); одлуку Арбитражног суда при Привредној комори Бугарске бр. 14/98 од 30. новем бра 1998. године (*CISG Online* бр. 1832).

[50] У том смислу сложићемо се са констатацијама наших америчких, немач ких и швајцарских колега да је оваква пракса сагласна пословицама: „Ђаво кога познајеш је бољи од ђавола кога не знаш“ (енг. *Better the devil you know than the devil you don't*), „Сељак не једе оно што му није познато“ (нем. *Wat de Boor nicht kennt, dat freet er nicht*), односно „Немогуће је научити старог пса новим триковима“ (енг. *You can't teach an old dog new tricks*). Вид. Richard Lavers, „CISG: To use or not to use?“, *International Quarterly* 4/1992, 31; Eckart Brödermann, „The practice of excluding the CISG: time for change?“, *Modern Law for Global Commerce, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law held on the Occasion of the Fortieth Session of the Commission, Vienna, 9 12 July 2007*, UN, New York 2011, 245; I. Schwenzer, P. Hachem, 464.

[51] О утицају Хашких закона на наш Закон о облигационим односима (одно сно на Скицу за законик о облигацијама и уговорима) вид. Михаило Константиновић, *Скица за Законик о облигацијама и уговорима,* Претходне напомене, тачка 4, Библио тека *Класици југословенског права*, књига 13, Службени лист СРЈ, Београд 1996, 34.

коначних верзија ових докумената значајно разликовао,[52] као и сврха којој су наведени инструменти требали да служе, то су и њихови резултати у већој или мањој мери различити.[53] Отуда, не само да примена ЗОО уместо Бечке конвенције на уговор о међународној продаји робе по правилу не води исправним решењима, већ се и тумачењем Бечке конвенције у духу националног права понавља иста грешка.

Наиме, разлике између ова два извора права постоје како у материји закључења уговора (нпр. правила о опозиву понуде),[54] тако и у материји испуњења уговора (правила о саобразности робе)[55] и раскида уговора (битна повреда уговора као основ за раскид, непостојање раскида *ex lege* и сл.),[56] а посебно у материји накнаде штете због повреде уговора (непостојање кривице као основа одговорности, начело предвидљивости као апсолутно ограничење обима накнаде штете (без изузетака за случај преваре, намере или грубе непажње), различита правила за ослобођење од одговорности, одмеравање апстрактне штете и др.).[57] Чак и кад се такве разлике, на

[52] Радну групу за израду текста Конвенције чинили су правници из раз личитих правних система света, а њен коначан текст је усвојен на дипломатској конференцији у Бечу у присуству делегата из 62 земље након вишедневних распра ва. Текст Закона о облигационим односима, с друге стране, резултат је рада групе искључиво југословенских правника и практичара.

[53] A. Goldštajn (1980), 57.

[54] Више о томе вид. Јован Вујичић, „Опозивост понуде према униформним правилима“, *Право и привреда* 10 12/2012, 86 107; В. Поповић, Р. Вукадиновић, 86 88; Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд 2008, 59 60; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 19 21; М. Драшкић, М. Станивуковић, 184 189; В. Стојиљковић, 152 153; Предраг Цветковић, *Закључивање уговора о међународној продаји робе*, магистарска теза, Ниш 2000; Младен Драшкић, „Обавезност и опозивост понуде за закључивање уговора према упоредном праву и међународним униформним изворима права“, *Право и привреда* 9 10/1995, 1 16; Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 154 238, 302 311.

[55] Више о томе вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2012, 89 90, 98 109; Катарина Јовичић, *Правне последице неизвршења обавезе из уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012, 120 149; В. Поповић, Р. Вукадиновић, 127 148; Сандра Фишер Шобот, *Одговорност продавца за испоруку робе у међународном и домаћем праву,* докторска дисертација, Нови Сад 2009, 78 218; V. Pavić, M. Đorđević, 34 40; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 69 74; М. Драшкић, М. Станивуковић, 318 363; Јелена Перовић, „Несаобразност робе као основ неизвршења уговора о продаји“, *Право и привреда* 5 8/2003, 332 344.

[56] Више о томе вид. М. Васиљевић, 110; К. Јовичић, 225 264; В. Поповић, Р. Вукадиновић, 190 203, 207 209; Н. Јовановић, 93 100; V. Pavić, M. Đorđević, 32 33, 41 42; А. Ћирић, П. Цветковић, 233 252; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 82 84, 87 90; М. Драшкић, М. Станивуковић, 398 401, 407 408; Ј. Перовић (2004), 111 и даље; Милена Милутиновић, „Накнадни рок за извршење уговора према одредбама Бечке конвенције у теорији и пракси“, *Правни живот* 11/2003, 259 277; Милена Милутиновић, „Битна повреда уговора према одредбама Бечке конвенције у теорији и пракси“, *Право и привреда* 5 8/2003, 367 380.

[57] Више о томе вид. М. Васиљевић, 113 116; Милена Ђорђевић, *Обим накна де штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација,

први поглед, могу оценити као „ситне", оне могу бити одлучујуће за исход судског или арбитражног спора.[58]

Примера ради, у једном случају из српске арбитражне праксе, тужилац је остао ускраћен за камату на дуговани новчани износ за период од неколико година јер је арбитражно веће утврдило да камата доспева од момента утужења а не од момента повреде уговорне обавезе.[59] Арбитри су до овог закључка дошли неадекватном применом члана 279 став 2 ЗОО уместо релевантним тумачењем одредбе члана 78 Бечке конвенције и на њему засноване стране судске и арбитражне праксе.[60] Имајући у виду да износ захтеван по основу камате може бити значајан, то погрешно утврђење момента од којег камата доспева може имати значајне негативне последице на материјално стање повериоца (уколико се за моменат од којег камата доспева узме неки каснији тренутак од оног који Конвенција налаже), односно дужника (уколико се за моменат од којег камата доспева узме ранији тренутак од оног предвиђеног Конвенцијом).

Слични проблеми примећују се и у погледу других одредаба Конвенције. Тако је, на пример, тумачење члана 39 Конвенције, у погледу форме обавештења о несаобразности робе, већ изазвало

Београд 2012; Ј. Перовић (2012а), 9 134; К. Јовичић, 265 352; Јелена Перовић, „Индиректна штета у међународној продаји робе", *Право и привреда* 4 6/2011, 732 743; В. Поповић, Р. Вукадиновић, 212 217; С. Фишер Шобот, 219 257; Н. Јовановић, 100 107, 109 115; V. Pavić, M. Đorđević, 40, 45 50; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 98 107; М. Драшкић, М. Станивуковић, 396 471; В. Стојиљковић, 176 180.

[58] У истом смислу вид. Слободан Перовић, „Предговор", *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва (ред. Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, LV; Г. Кнежевић, 606.

[59] Вид. арбитражну одлуку српске СТА бр. Т 8/06 од 1. октобра 2007. године (*CISG Online* бр. 1793). Из сличних разлога су погрешили и бугарски арбитри у случају бр. 11/1996 од 12. фебруара 1998. године (*CISG Online* бр. 436) не досудивши продавцу камату на дуговани износ од дана доспећа дуга, јер су сматрали да је формална опомена позив купцу да изврши плаћање неопходан услов за остварење права на камату. Тако је продавац остао ускраћен за камату за период од четири године, колико је протекло од дана доспећа дуга до дана утужења. Имајући у виду да за разлику од бугарског националног права Бечка конвенција не захтева овакав услов за остварење права на камату, јасно је да су арбитри примењујући одредбе Бечке конвенције у овом случају то чинили у духу бугарског права.

[60] За остварење права на камату према одредбама Конвенције вид. Klaus Bacher, „Article 78", *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, New York 2010, 1053; John Gotanda, „Article 78" *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C.H. Beck Hart Nomos, Munich 2011, 1047; одлука грчког Првостепеног суда у Атини бр. 4505/2009 (*Pace*); одлука немачког суда *OLG Köln* од 3. априла 2006. године (*CISG Online* бр. 1218); одлука швајцарског суда *Kantonsgericht Wallis* од 27. маја 2005. године (*CISG Online* бр. 1137); одлука италијанског суда *Tribunale di Padova* од 31. марта 2004. године (*CISG Online* бр. 823).

бројне проблеме у српској арбитражној пракси.[61] Наиме, иако Бечка конвенција не захтева писану форму обавештења о несаобразности као услов за остварење права купца по основу несаобразности робе,[62] у неколико случајева из наше арбитражне праксе је купац остао ускраћен за своја права управо из разлога што није учинио обавештење о несаобразности у писаној форми јер су арбитри ову одредбу тумачили у духу српског права.[63]

---

[61] Вид. одлуку српске СТА бр. Т 18/01 од 27. новембра 2002. године (*CISG Online* бр. 2037); одлуку српске СТА бр. Т 09/01 од 23. фебруара 2004. године (*CISG Online* бр. 2078); одлуку српске СТА бр. Т 15/04 од 21. фебруара 2005. године (*CISG Online* бр. 2038); одлуку српске СТА бр. Т 10/04 од 6. новембра 2005. године (*CISG Online* бр. 2009).

[62] Ingeborg Schwenzer, „Article 39“, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (ed. I. Schwenzer), Oxford University Press, New York 2010, 465; Stefan Kröll, „Article 39“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (eds. S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas), C.H. Beck Hart Nomos, Munich 2011, 601, 602; вид. одлуке наведене уз Мишљење Саветодавног већа за примену Конвенције бр. 2 *Examination of the Goods and Notice of Non Conformity: Articles 38 and 39*, од 7. јуна 2004. године (известилац Ерик Бергстен), *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG AC op2.html*, 1. јул 2012.

[63] Иако се и у српском праву не захтева писана форма обавештења о несао бразности из члана 484 ЗОО, досадашња судска и арбитражна пракса указала је на проблем да тренутна формулација става 2 овог члана (изричито навођење писма и телеграма, као средстава обавештавања) може (погрешно) навести на закључак судију, односно арбитра, да је таква форма ипак потребна. Наиме, у неколико од лука арбитри Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије су за узели став да је за обавештење о несаобразности неопходна писана форма. Овом уверењу је допринео неадекватан превод текста члана 39 на српски језик (српска верзија гласи „пошаље обавештење“ док изворни, енглески текст користи израз „да обавештење“, односно „обавести“ (енг. *give notice*)), као и значај који се форми даје у српској теорији и пракси. Иако је начело консенсуализма једно од основних на чела ЗОО, поједини аутори и део судске праксе сматрају да ЗОО захтева да ово обавештење буде учињено на поуздан начин, те да обавештење учињено само те лефоном не производи правна дејства обавештења о несаобразности (вид. Срђан Стојановић, Александар Јакшић, „Преглед робе и рекламација у светлу одговор ности продавца за материјалне недостатке ствари“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/2002, 80; у истом смислу вид. пресуду Вишег трговинског суда Пж. 4719/03 од 21. августа 2003. године). Чак и они аутори који у тексту ове одред бе закона не виде оправдање за захтев писане форме обавештења, сматрају да се применом Општих узанси, као трговачких обичаја, захтева писана форма. Међутим, сматрамо да нема места примени Општих узанси за промет робом као трговачких обичаја код уговора о међународној продаји робе, чак и кад је уговорено српско право, ако су испуњени услови за примену Конвенције. Ово из разлога што члан 9 Конвенција предвиђа да се имају применити само они обичаји који су широко по знати у међународној трговини и које редовно поштују уговорне стране у уговори ма исте врсте у односној трговачкој струци, а наше Опште узансе не представљају тако широко познате обичаје у међународној трговини. Више о примени члана 39. Конвенције у српској арбитражној пракси вид. V. Pavić, M. Đorđević, 37 39.

Уочени проблеми у анализираној судској и арбитражној пракси захтевају да се укаже на још једну важну околност. Наиме, с обзиром на то да пословна пракса и обичаји имају знатно већи значај у систему Конвенције него у систему ЗОО,[64] и имајући у виду различита правила тумачења уговора и текста Конвенције у односу на правила тумачења ЗОО,[65] као и конвенцијска правила попуњавања правних празнина,[66] на уговор о међународној продаји робе, када су испуњени услови за примену Конвенције, неопходно је увек примењивати одредбе Конвенције, а не ЗОО, чак и када је њихова текстуална формулација идентична. Даље, за случај да предметна одредба Конвенције изричито не решава одређено правно питање које се тиче материје уређене самом Конвенцијом, неопходно је то питање решити применом општих начела на којима Конвенција почива, а тек у одсуству ових начела, применом права меродавног на основу правила међународног приватног права. Упркос томе, уочено је да се у нашој пракси и о овим проблемима недовољно води рачуна, а да се попуњавању правних празнина претежно прибегава применом меродавног националног права, уместо изналажењем општих начела на којима Конвенција почива.[67]

Сматрамо зато да предложена одредба члана 505. Преднацрта, мада изузетно корисна, не нуди одговоре на све проблеме који се у пракси могу јавити у вези са применом Бечке конвенције. Она само парцијално решава један од проблема на који је указала анали-

---

[64] Чл. 9, ст. 2 Конвенције предвиђа: „Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или морао бити познат и који је широко познат у међународној трго вини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној стру ци". Више о значају обичаја у систему Конвенције вид. Leonardo Graffi, „Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law", *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade Belgrade Law Review* 3/2011, 102 123; М. Живковић, 111 112; Ch. Pamboukis, „The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods", *The Journal of Law & Commerce* 25/2005 2006, 107 131; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 54 55; В. Стојиљковић, 145 147; Franco Ferrari, „Relevant trade usage and practices under UN sales law", *The Europe an Legal Forum* 5/2002, 273 277; Јелена Перовић, „Улога обичаја у међународној продаји робе", *Право и привреда* 5 8/2002, 247 254; Aleksandar Goldštajn, „Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN Sales Convention", *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures* (eds. Paul Volken, Petar Šarčević), Oceana Publications Inc., New York 1986, 95 110.

[65] Упор. чл. 7 и 8 Конвенције и чл. 99 102 Закона о облигационим односи ма. Више о томе вид. В. Поповић, Р. Вукадиновић, 60 63; Н. Јовановић, 65 66; М. Живковић, 110 111; А. Ћирић, Р. Ђуровић, 53 54; В. Стојиљковић, 143 145; Јелена Перовић, „Тумачење уговора према Конвенцији УН о међународној продаји робе", *Право и привреда* 5 8/2001, 864 875.

[66] Вид. чл. 7, ст. 2 Конвенције.

[67] Вид. V. Pavić, M. Đorđević, 28 30.

за српске судске и арбитражне праксе. Решења других уочених проблема, пре свега оних у тумачењу Конвенције, видимо у детаљнијем разматрању Бечке конвенције у оквиру наставних програма правних факултета са овог простора, укључивању ове материје у план и програм Правосудне академије и материјал за припрему правосудног испита, организовању стручних семинара из ове области у оквиру адвокатских и привредних комора на територији Србије и сачињавању водича за разумевање Бечке конвенције на српском језику по узору на материјале који су доступни на другим светским језицима уз приказ упоредне судске и арбитражне праксе по најважнијим правним питањима. Тек тада ће се створити сви услови за правилно уобличавање српске праксе из ове области и обезбеђење правне сигурности и адекватног правног оквира за успешније пословање привредних субјеката у пуном смислу, односно тек тад ће се створити услови за остварење циљева предвиђених преамбулом Бечке конвенције.

5. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Усвајање Бечке конвенције је значајно олакшало одвијање међународне продаје робе уклањањем бројних правних препрека и смањењем трансакционих трошкова. Међутим, показало се да само постојање оваквог једнообразног правног оквира није довољно за потпуно обезбеђивање правне сигурности свим учесницима у међународној трговини и стварање услова за несметано одвијање и даљи развој међународне трговине. За остваривање наведених циљева потребно је учинити још један значајан корак – омогућити да Конвенција заживи у пракси онако како су њени творци то намеравали, што се може постићи само кроз једнообразну примену и аутономно тумачење њених одредаба.

Анализа српске судске праксе указује на супротан тренд. Не само да наши судови ретко примењују Конвенцију када су испуњени услови за њену примену, већ и кад нађу да се она примењује, често се воде резоном домаћег права у доношењу одлука или се истовремено позивају и на одредбе Конвенције и на одредбе српског права у образлагању својих одлука. Иако у великом броју случајева то ипак доводи до решења до којих би се дошло и да је Бечка конвенција правилно примењена, значајан је и број случајева у односу на које се не може изрећи таква оцена.

Може се зато очекивати да ће указивање на примену Конвенције из члана 505 Преднацрта Грађанског законика по његовом ступању на снагу повећати број случајева у којима ће Конвенција бити примењивана у нашој судској пракси. Ипак, за правилну примену Бечке конвенције неопходно и ближе упознавање свих релевантних

учесника на српском тржишту с њеном садржином и с начином на који се њене одредбе тумаче и примењују широм света. То се може постићи како кроз реформу наставних програма на факултетима и материјала за припрему стручних испита, тако и кроз организацију стручних семинара под окриљем адвокатских и привредних комора. Истовремено, неопходна је даља реформа српског уговорног права, по узору на решења из Бечке конвенције и уз њихово критичко разматрање. То је пожељан правац развоја који ће додатно олакшати поступање српских трговаца на међународном тржишту и решавање спорова који се тим поводом могу појавити, допринети развоју привлачнијег привредног амбијента за улагаче, подизању конкурентности српског тржишта и привреде у целини, као и повећању правне сигурности у међународним трговинским односима и праву.

Dr. Milena Đorđević, LL.M.

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN THE SERBIAN LAW AND PRACTICE CURRENT STATUS AND PERSPECTIVES

Summary

This paper analyses questions related to unification of the law of international sales, with the particular focus on the UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (Vienna Convention, CISG). The author points out the impact that the CISG has made on the reform of contract law on international, regional and national level and concludes that the CISG can serve as equally useful tool in the ongoing reform of Serbian contract law. A special attention is given to application of the CISG in Serbian court and arbitral practice, with specific suggestions directed to enhancement of understanding of its provisions and their proper application. The need for autonomous interpretation of the provisions of the CISG is particularly emphasized.

Key words: *Vienna Convention – CISG. – Unification of Law. – Reform of Contract law. – Scope of Application. – Autonomous Interpretation.*

УДК 336.226.3(4-672EU)

Др Милош Милошевић[*]

ЦЕНА ВАН ДОХВАТА РУКЕ КАО АНТИЕВАЗИОНА МЕРА У ПДВ ЗАКОНОДАВСТВУ ЕУ

У систему пореза на додату вредност висина пореског терета зависи од договора учесника трансакције о износу стварне накнаде за извршени про мет. Злоупотреба овог правила може водити пореским уштедама директно на штету фискуса. Иако је опасност од евазионог поступања ограничена на трансакције међу повезаним лицима, неопходно је предвидети адекватне мере за супротстављање овој појави. Директивом 2006/69/ЕС свим државама чла ницама омогућена је примена тржишне вредности цене ван дохвата руке на трансакције међу повезаним лицима које се врше уз накнаду. Примена ове антиевазионе мере у Европској унији налази се у фокусу аутора предстојећег рада. Размотрићемо шта је подстакло њено увођење у европско ПДВ законо давство, као и које су границе њене примене и закључити да је њена позитив ноправна имплементација оправдана и пожељна.

Кључне речи: *Порез на додату вредност. Пореска евазија. Тржишна вред ност. Цена ван дохвата руке. Повезана лица.*

1. УВОД

У трансакцијама између неповезаних лица ПДВ не ствара простор за евазију, чији је циљ да се манипулацијом пореске основице (стварне накнаде за извршени промет) оствари каква пореска уштеда. Једноставно, недостаје економски *ratio* за договор продавца и купца око висине стварне накнаде на штету једне од уговорних страна.[1] И код трансакција између (повезаних или неповезаних) обвезника који уживају право на одбитак претходног пореза у потпуности овакво

---

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *milosevic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Не треба договор око стварне накнаде мешати са ситуацијом у којој се учесници трансакције договоре око једне цене, а потом у рачуну искажу другу, управо са циљем смањења пореског терета. Овде се манипулише исказаном, а не стварном накнадом, која и даље представља основицу пореза на додату вредност.

поступање неће дати резултат. ПДВ остаје *економски неутралан* независно од висине стварне накнаде. Међутим, у одсуству ових елемената, манипулацијом пореске основице заиста се може утицати на висину пореског оптерећења. Европска комисија је 2005. године понудила државама чланицама адекватну меру за сузбијање оваквог поступања – примену тржишне вредности, односно цене ван дохвата руке. Размотрићемо у даљем тексту шта је подстакло њено увођење у европско ПДВ законодавство, као и које су границе њене примене. Анализи ћемо подврћи и одговарајуће решење које се среће у српском Закону о порезу на додату вредност[2] (у даљем тексту: *ЗПДВ*) и сагледати да ли постоји простор за измене у правцу којим се кренуло у европском секундарном пореском праву.

2. ЗЛОУПОТРЕБА НАЧЕЛА О СУБЈЕКТИВНОЈ ВРЕДНОСТИ ПРОМЕТА У ЕВАЗИОНЕ СВРХЕ

Одредбом чл. 73 Директиве 2006/112/ЕС[3] прописано је да је пореска основица код промета добара и услуга износ накнаде коју испоручилац *прима или треба да прими* од купца или трећег лица за испоручена добра или пружене услуге, укључујући субвенције које су непосредно повезане са ценом тих добара и услуга. Износ накнаде представља субјективну величину[4] коју споразумно утврђују продавац и купац, тј. цену која је стварно плаћена за испоручена добра или пружене услуге.[5] Ово правило изведено је из квалификације пореза на додату вредност као пореза на потрошњу,[6] који треба да оптерети (стварно настале) потрошне расходе.[7] И у образложењу Предлога Шесте директиве експлицитно је наведено да треба опорезовати „стварни трошак потрошача за набавку добара и услуга, а не хипотетичку вредност која би им се могла приписати".[8] Овакво

2 Закон о порезу на додату вредност ЗПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07 и 93/12.

3 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *OJ L* 347, 11.12.2006.

4 Упор. Ben Terra, Julie Kajus, *A Guide to the European VAT Directives, Intro duction to European VAT 2010*, Volume 1, IBFD, Amsterdam 2010, 593.

5 Joep Swinkels, „Combating VAT Avoidance", *International VAT Monitor* 4/2005, 239.

6 У чл. 1 Директиве 2006/112/ЕС порез на додату вредност се одређује, *inter alia*, као порез на потрошњу.

7 Гордана Илић Попов, *Закон о порезу на додату вредност у Србији, Комен тар закона и подзаконских аката*, Пословни зборник, Београд 2005, 18.

8 Commission of the European Communities, Proposal for a sixth Council Direc tive on the harmonization of Member States concerning turnover taxes Common system of value added tax: Uniform basis of assessment, COM(73) 950 final, 14.

становиште чврсто је утемељено и досадашњом праксом Европског суда правде.[9]

Ако пођемо од тога да је субјективно утврђена накнада увек меродавна, независно од њене висине, објективни елементи при утврђивању пореске основице постају релевантни једино у одсуству такве накнаде.[10] Примера ради, уколико обвезник из пословне имовине узима добра за своје личне потребе, или за такве потребе својих запослених (у односу на која је првобитно у потпуности или делимично одбио претходни порез),[11] или ако у оквиру делатности коју обавља произведе добро, које потом користи за пословне сврхе (а у односу на које не би могао у потпуности одбити претходни порез да га је набавио од другог обвезника),[12] пореску основицу представљаће набавна цена (енг. *purchase price*) тог или сличног добра, а у њеном одсуству цена коштања (енг. *cost price*).[13] Исто тако, када обвезник за своје личне потребе или за такве потребе својих запослених употребљава добра која су део његове пословне имовине (у односу на која је првобитно у потпуности или делимично одбио претходни порез), или када у исте сврхе без накнаде пружи услугу,[14] пореску основицу чиниће пуни трошак (енг. *full cost*) пружања ових услуга за пореског обвезника.[15]

Но, како поступити у наведеним случајевима када накнада постоји, али је нижа од набавне цене, односно цене коштања испорученог добра или пуног трошка пружене услуге? Да ли је тада неопходно извршити корекцију накнаде до износа важећих у њеном одсуству или се основица утврђује у складу са основним правилом?

---

9 ECJ, Case 230/87 (*Naturally Yours Cosmetics Limited v. Commissioners of Customs and Excise*) [1988] ECR 6365, пар. 16; ECJ, Case C 126/88 (*Boots Company v. Commissioners of Customs and Excise*) [1990] ECR 1235, пар. 19; ECJ, Case C 33/93 (*Empire Stores Ltd v. Commissioners of Customs and Excise*) [1994] ECR I 2329, пар. 18; ECJ, Case 288/94 (*Argos Distributors Limited v. Commissioners of Customs and Ex cise*) [1996] ECR I 5211, пар. 16.

10 Упор. B. Terra, J. Kajus, 593.

11 Чл. 16 Директиве 2006/112/ЕС.

12 Чл. 18 (а) Директиве 2006/112/ЕС. Аналогно овој ситуацији, уколико об везник пружи услугу за потребе вршења сопствене делатности у односу на коју се претходни порез не би могао у потпуности одбити да му је таква услуга пружена од стране другог обвезника (чл. 27 Директиве 2006/112/ЕС), основица се утврђује пре ма тржишној вредности услуге (енг. *open market value*), чл. 77 Директиве 2006/112/ЕС.

13 Чл. 74 Директиве 2006/112/ЕС. У складу са чл. 76 Директиве 2006/112/ЕС, основица се на исти начин утврђује и приликом трансфера добара која су део пословне имовине обвезника из једне у другу државу чланицу, у оквиру обављања делатности (чл. 17 (1) Директиве 2006/112/ЕС).

14 Чл. 26 Директиве 2006/112/ЕС.

15 Чл. 75 Директиве 2006/112/ЕС.

Питање је веома значајно будући да су у односима између повезаних лица могуће злоупотребе субјективне вредности промета с циљем смањења пореског терета. Одговор проналазимо у јуриспруденцији Европског суда правде.

У случају C-412/03 (*Hotel Scandic Gåsabäck AB v. Riksskatteverket*)[16] обвезник је свом особљу у кантини обезбеђивао ручак по фиксној цени, која је виша од његовог трошка који тим поводом настаје. Међутим, како је цена коју би особље убудуће плаћало за оброке могла бити нижа од обвезниковог трошка, посебној комисији која доноси прелиминарне одлуке у пореским питањима у Шведској (*Skatterättsnämdem*) постављено је питање да ли би тада основицу представљала стварно плаћена цена или би требало применити одредбе шведског Закона о порезу на додату вредност, које регулишу узимање добара из пословне имовине обвезника и пружање услуга за личне потребе запослених[17] и пореску основицу утврдити у висини набавне цене или цене коштања, односно пуног трошка обвезника за пружену услугу.

Комисија је сматрала да се овде ради о промету услуга и да основица не може бити нижа од пуног трошка обвезника. Становиште обвезника било је супротно. По њему је овде реч о промету добара, с тим што одредбе које се тичу узимања добара из пословне имовине обвезника за личне потребе запослених не могу бити примењене када је цена плаћена. Случај је завршио пред Врховним управним судом у Шведској (*Regeringsrätten*), који се обратио Европском суду правде са питањем може ли, у зависности од претходне одлуке о карактеру промета, одредба чл. 5 (6) или чл. 6 (2)(b) Шесте директиве бити примењена и када је накнада стварно плаћена, али је нижа од набавне цене, тј. цене коштања добра или од пуног трошка пружене услуге.

Према Европском суду правде, одредбе чл. 5 (6) и чл. 6 (2) Шесте директиве примењују се искључиво када је трансакција из-

16 [2005] ECR I 743.

17 Ради се о одредбама које су пандан одредбама чл. 5 (6), односно чл. 6 (2) (b) Шесте директиве (Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes Common system of value added tax: uniform basis of assessment, *OJ L* 145, 13.6.1977). Чл. 5 (6) предвиђа, између осталог, да се узимање добара из пословне имовине обвезника за личне потребе особља сматра прометом добара са накнадом, уколико је обвезник у односу на та добра првобитно у потпуности или делимично одбио претходни порез. Овај члан применио би се ако се продаја оброка у кантини третира као промет добара. Чл. 6 (2)(b) предвиђа, између осталог, да се пружање услуга за личне потребе особља без накнаде сматра прометом услуга са накнадом и релевантан је уколико се продаја оброка у кантини квалификује као промет услуга. Напомињемо да се на промет услуга примењивала стопа од 25%, док се на промет добара (хране) примењивала бенефицирана пореска стопа од 12%.

вршена без накнаде.[18] Њихов циљ је да обезбеде једнак третман обвезника, који узима добра из пословне имовине или пружа услуге себи или свом особљу за личне потребе и крајњег потрошача, који набавља таква добра и услуге. На тај начин спречава се уживање неоправданих (пореских) предности у поређењу са купцем који, у нормалним околностима, сноси порески терет као интегрални део плаћене цене.[19] Према Суду, нема разлога за примену ових одредаба уколико је накнада за испоручена добра или пружене услуге стварно плаћена. Тада се примењује основно правило из чл. 11 (А)(1)(а) Шесте директиве, према коме је пореска основица код промета добара и услуга износ накнаде коју је обвезник стварно примио. Ради се о субјективној, стварно примљеној вредности, а не о вредности процењеној на бази објективног критеријума.[20]

На аргумент шведске Владе да би се циљ и ефекат одредаба чл. 5 (6) и 6 (2)(b) Шесте директиве компромитовао ако се оне не би примениле и на трансакцију која је извршена за симболичну суму, што би за последицу могло имати евазију пореза у великим размерама, Суд одговара да се такви ризици могу отклонити једино антиевазионим мерама које држава чланица примењује на основу добијеног овлашћења у складу са чл. 27 Шесте директиве (чл. 395 Директиве 2006/112/ЕС).[21]

Из изнетог може се закључити следеће:

- Пореску основицу представља субјективно утврђена накнада која је стварно плаћена (чл. 11 (А)(1)(а) Шесте директиве и чл. 73 Директиве 2006/112/ЕС);
- Само у њеном потпуном одсуству основицу ће представљати набавна цена, односно цена коштања истих или сличних добара (чл. 5 (6), у вези са чл. 11 (А)(1)(b) Шесте директиве и чл. 16, у вези са чл. 74 Директиве 2006/112/ЕС) или пуни трошак пружене услуге (чл. 6 (2), у вези са чл. 11 (А)

[18] Вид. пар. 24 пресуде. Исто становиште заступају и Европска комисија и данска Влада, вид. пар. 20 пресуде.

[19] Вид. пар. 23 пресуде. Занимљиво је да шведска и грчка влада на исти начин аргументују у своју корист наводећи да ће до уживања неоправданих (пореских) предности на страни обвезника, односно његовог особља, у поређењу са обичним купцима, доћи не само код трансакција које су извршене без накнаде, већ и код трансакција које су извршене за накнаду нижу од набавне цене, тј. цене коштања, вид. пар. 19 пресуде.

[20] Вид. пар. 21 пресуде.

[21] Вид. пар. 25 и 26 пресуде. Сагласно овом члану Савет може, на предлог Европске комисије, једногласном одлуком, овластити државу чланицу да уведе посебне мере, којима се дерогирају одредбе Директиве с циљем поједностављења процедура за наплату пореза, односно превенције одређених видова законите и незаконите евазије.

(1)(c) Шесте директиве и чл. 26, у вези са чл. 75 Директиве 2006/112/EC);

- Уколико је накнада стварно плаћена, па макар она била и знатно нижа од вредности наведених у претходној тачки, представљаће основицу;
- Држава чланица једино на бази посебних анти-евазионих мера, одобрених у склопу процедуре из чл. 395 Директиве 2006/112/EC, може настојати да сузбије злоупотребу субјективне вредности трансакције у циљу смањења пореског терета.

3. ЦЕНА ВАН ДОХВАТА РУКЕ РЕШЕЊЕЗА ПРОБЛЕМ ЗЛОУПОТРЕБЕ НАЧЕЛА О СУБЈЕКТИВНОЈ ВРЕДНОСТИ ПРОМЕТА

Вероватно је управо одлука Европског суда правде у случају *Hotel Scandic* била један од главних разлога за брзу реакцију Европске комисије, у виду Предлога измена и допуна Шесте директиве којима би се симплификовале процедуре за наплату пореза и ојачао њен анти-евазиони потенцијал.[22] На основу Предлога донета је Директива 2006/69/EC[23] којом је, *inter alia*, омогућено државама чланицама да у свом законодавству, ради спречавања евазије, предвиде примену тржишне вредности – цене ван дохвата руке на трансакције међу повезаним лицима.[24]

3.1. Дефиниција тржишне вредности – цене ван дохвата руке

Директива 2006/69/EC тржишну вредност одређује као укупан износ који би купац предметних добара и услуга у истом тренутку у истој фази прометног циклуса платио продавцу ван дохвата руке

[22] European Commission, Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax evasion and avoidance, and repealing certain De cisions granting derogations, COM(2005) 89 final. Предлог Европске комисије уследио је 16. марта 2005. године, непуна два месеца по доношењу пресуде Европског суда правде у случају C 412/03, 20. јануара 2005. године. Управо је ова пресуда иници рала увођење цене ван дохвата руке на трансакције међу повезаним лицима у Закон о порезу на додату вредност Белгије, вид. Ivan Massin, „Introduction of the „Open Market Value“ in Belgium“, *International VAT Monitor* 5/2005, 335.

[23] Council Directive 2006/69/EC of 24 July 2006 amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax evasion or avoidance, and repealing certain Decisions granting derogations, *OJ L* 221, 12.8.2006.

[24] Ради се о чл. 80 Директиве 2006/112/EC.

у условима слободне конкуренције у држави чланици у којој промет подлеже пореској обавези.

Ако није могуће утврдити упоредиву испоруку добара или пружање услуга, тржишна вредност биће:

(1) код промета добара – износ који није мањи од набавне цене тих или сличних добара или, у недостатку набавне цене, износ који није мањи од цене коштања, и то по ценама утврђеним у тренутку вршења промета;

(2) код промета услуга – износ који није мањи од пуног трошка обвезника за пружање услуге.[25]

Иако дефинише тржишну вредност, Директива 2006/69/ЕС не пружа никакве практичне смернице за њено утврђивање. У литератури се у овом контексту помиње примена методе упоредиве неконтролисане цене (*comparable uncontrolled price method*).[26] Реч је о једној од укупно пет метода за утврђивање цене ван дохвата руке из Смерница ОЕЦД за примену правила о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе (*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*). Према неким ауторима, ово је уједно и једина подобна метода за утврђивање тржишне вредности за потребе пореза на додату вредност.[27] Стога је основано запитати се, да ли се Смернице ОЕЦД могу применити и на ПДВ, како би се отклонила постојећа недореченост? Судећи по ставовима Европског суда правде нисмо сигурни да је одговор на постављено питање потврдан. Приликом утврђивања да ли се принцип ван дохвата руке из чл. 7(2) Модела конвенције ОЕЦД о двоструком опорезивању дохотка и имовине (*OECD Model Tax Convention on Income and Capital*) може применити како би се за потребе ПДВ дефинисао однос између седишта обвезника и његовог огранка, Суд констатује да је „ОЕЦД Конвенција ирелевантна јер се тиче директног опорезивања, док је ПДВ индиректан порез“.[28] Иако је овде реч о другачијој ситуацији, могуће је дати потпуно исти одговор, са једнаким исходом – да су Смернице ОЕЦД непримењиве на ПДВ.

3.2. Услови за примену тржишне вредности – цене ван дохвата руке

Треба подсетити да је, у складу с одредбом чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС, корекција вредности промета могућа једино уколи-

[25] Чл. 1 (3)(b) Директиве 2006/69/ЕС (чл. 72 Директиве 2006/112/ЕС).

[26] Г. Илић Попов, 84.

[27] Emanuela Santoro, „Transfer Pricing and Value Added Tax in the European Community: Is There Room for Interaction and, If So, Where?“, *International Transfer Pricing Journal* 3/2007, 156.

[28] ECJ, Case C 210/04 (*Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate v. FCE Bank plc*), [2006] ECR I 2803, пар. 39.

ко се трансакција врши међу повезаним лицима. То је уједно и први услов за примену тржишне вредности. Повезаним лицима сматрају се лица међу којима постоје породичне или друге блиске личне везе, везе на основу руководећих функција, власништва или чланства,[29] финансијске или правне везе, дефинисане од стране државе чланице. Правном везом може се сматрати и однос између послодавца и запосленог, породице запосленог или других лица која су му блиска.[30]

Дефиниције повезаних лица по правилу нису садржане у законима посвећеним порезу на додату вредност већ се упућује на одредбе других закона, најчешће закона о порезу на доходак и закона о порезу на добит. Такво је нпр. бугарско и словеначко решење.[31] Ретки су супротни примери, попут словачког Закона о порезу на додату вредност, који прописује шта се сматра повезаним лицима за потребе овог пореског облика.[32] Занимљиво је решење из шпанског Закона о порезу на додату вредност, који допуњује дефиницију повезаних лица из закона о опорезивању дохотка и добити.[33] Битно је да категорије повезаних лица утврђене у законодавству држава чланица не напуштају категорије из чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС.[34]

Други услов састоји се у свођењу примене цене ван дохвата руке искључиво на следеће ситуације:

- када купац нема право на одбитак претходног пореза у потпуности, а накнада за извршени промет је нижа од тржишне вредности;
- када продавац нема право на одбитак претходног пореза у потпуности, а врши ослобођени промет без права на одбитак претходног пореза купцу, за накнаду која је нижа од тржишне вредности;
- када продавац нема право на одбитак претходног пореза у потпуности, а врши опорезиви промет купцу који претходни

[29] Примера ради, лицем повезаним са обвезником може се сматрати лице које обавља функцију директора у обвезнику, лице које је члан надзорног одбора или коме припада власнички удео у обвезнику у прописаном износу.

[30] Чл. 1 (3)(b) Директиве 2006/69/ЕС (чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС).

[31] Lubka Tzenova, Bulgaria Value Added Taxation, Topical Analyses IBFD, *http://online.ibfd.org/document/ evat bg*, 8. новембар 2012; Lucijan Klemencic, Slovenia Value Added Taxation, Topical Analyses IBFD, *http://online.ibfd.org/document/evat si*, 8. новембар 2012.

[32] Tomas Cibula, Slovak Republic Value Added Taxation, Topical Analyses IBFD, *http://online.ibfd.org/ document/evat sk*, 8. новембар 2012.

[33] Carlos Gómez Barrero, Arantxa de Luis, Maria Teresa Deltell, Spain Val ue Added Taxation, Topical Analyses IBFD, *http://online.ibfd.org/document/evat es*, 8. новембар 2012.

[34] COM(2005) 89 final, 6.

порез може одбити у потпуности, за накнаду која је виша од тржишне вредности.[35]

Примена цене ван дохвата руке у првој ситуацији треба да спречи обвезника да путем ниже цене, аутоматски умањи и износ пореза који купац не може повратити, чиме би се остварила пореска уштеда директно на штету фискуса.[36] У другој ситуацији, примена цене ван дохвата руке оправдана је како обвезник, који има право на сразмерни порески одбитак, не би у своју корист могао да побољша проценат сразмерног пореског одбитка, тако што ће у укупном промету смањити вредност оног његовог дела, у односу на који не би могао одбити претходни порез. Трећа ситуација супротна је претходној. Овде обвезник, који има право на сразмерни порески одбитак, у своју корист побољшава проценат сразмерног пореског одбитка, тако што у укупном промету повећава вредност оног његовог дела, у односу на који би могао одбити претходни порез.

То води ка последњем, трећем услову за примену цене ван дохвата руке – сузбијању евазије.[37] Тако је у тексту Предлога Директиве 2006/69/ЕС било предвиђено да се корекција вредности промета не може вршити уколико нема *значајног* одступања стварно плаћене цене од тржишне. Исто важи и када се такво одступање може оправдати комерцијалним разлозима или ако се може доказати да би се накнада у сличном износу наплатила и од неповезаног лица.[38] У случају да се испоруке врше по цени нижој од цене коштања у промотивне

---

[35] Чл. 1 (3)(b) Директиве 2006/69/ЕС (чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС).

[36] Реч је о ситуацији из горе описаног случаја C 412/03 (*Hotel Scandic*).

[37] Вид. COM(2005) 89 final, 5 и 16; пар. 3 преамбуле Директиве 2006/69/ЕС и пар. 26 преамбуле Директиве 2006/112/ЕС. Стога је примарни циљ који се применом принципа ван дохвата руке жели постићи у области пореза на додату вредност потпуно различит од оног који се настоји остварити у области директног опорезивања, а то је исправна алокација основице пореза на добит код мултина ционалних предузећа између различитих пореских јурисдикција. Примена тржиш не вредности представља одступање од начелног правила за утврђивање основице ПДВ и треба је ограничити на случајеве у којима је оправдана, тј. на случајеве у којима постоји опасност од евазије. Са друге стране, примена принципа ван дохвата руке код пореза на добит представља опште правило, које се примењује независно од тога да ли конкретан случај има евазиону конотацију, вид. E. Santoro, 156.

[38] COM(2005) 89 final, 5 6 и 16. Међутим, ове одреднице избачене су из усвојеног текста Директиве 2006/69/ЕС. Наиме, Европски економски и социјални комитет (*European Economic and Social Committee*) је у свом мишљењу поводом Предлога критиковао критеријум „значајног" одступања сматрајући да у одсуству његове ближе дефиниције настаје простор за арбитрерност и угрожавање правне сигурности, Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards certain measures to simplify the procedure for charging value added tax and to assist in countering tax eva sion and avoidance, and repealing certain Decisions granting derogations' (COM(2005) 89 final 2005/0019 (CNS)), *OJ C* 65, 17.3.2006, 104.

сврхе, у оквиру коначне распродаје или продаје оштећене робе са попустом, мера се не може применити. Дакле, њена примена ограничена је на веома мали број трансакција које се врше у специфичним околностима и ситуацијама. Уобичајене, свакодневне трансакције треба изузети из њеног обухвата.[39]

Сврха ове мере је да сузбија евазионе облике, чији је циљ да се манипулацијом вредности промета умањи износ неповратног пореза за повезана лица и тако узрокује стваран и трајан губитак прихода на страни фискуса. Примена тржишне вредности постаје излишна код повезаних лица која врше искључиво опорезиви промет. Независно од цене по којој се промет врши, купац ће увек имати право на пун одбитак претходног пореза, те ће корекција његове вредности остати без ефекта. Исто важи и за трансакције између обвезника чије су испоруке увек ослобођене без права на одбитак претходног пореза и са њим повезаног купца. Ако је испоручилац у потпуности ослобођен без права на одбитак претходног пореза манипулације са излазним прометом, ма какве биле (за цену вишу или нижу од тржишне вредности), неће имати утицаја на износ претходног пореза који се не може одбити, независно од квалификације купца. Изнето потврђује и Европски суд правде, чијој пракси, која је у овом домену тек недавно настала (првенствено због тога што је Директива 2006/69/ЕС донета 2006. године), пажњу посвећујемо у даљем тексту.

3.3. Смернице Европског суда правде

Европски суд правде је својом пресудом у случајевима C–621/10[40] и C–129/11[41] (*Balkan and Sea Properties ADSITs and Provadinvest OOD v. Direktor na Direktsia ‘Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto’ – Varna pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata agentsia*

---

[39] COM(2005) 89 final, 6.

[40] У случају C 621/10 обвезник *Balkan and Sea Properties* купио је од пове заног лица непокретности по цени која је виша од тржишне вредности. ПДВ је об рачунат на уговорену цену, што је супротно чл. 27 (3)(1) бугарског Закона о порезу на додату вредност. Наиме, овим чланом прописана је примена тржишне вредности на трансакције међу повезаним лицима. Обвезнику је оспорено право на одбитак ПДВ, који је сразмеран разлици између договорене цене и тржишне вредности не покретности. Према чл. 70 (5) бугарског Закона о порезу на додату вредност, право на одбитак не може настати уколико је порез у рачуну исказан противно закону. По виђењу пореске администрације, управо је то био случај.

[41] У случају C 129/11 обвезник *Provadinvest* продао је повезаним лицима три земљишне парцеле са изграђеним пластеницима, сваку по цени од BGN 25.000. ПДВ није обрачунат. Пореска администрација раздвојила је испоруку земљишне парцеле од испоруке пластеника, сматрајући ову другу опорезивом испоруком. Будући да је трансакција извршена између повезаних лица, основицу представља тржишна вред ност пластеника, која је процењена на BGN 392.700.

za prihodite)[42] донекле прецизирао простор за примену чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС.

Чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС представља изузетак од општег правила о пореској основици (чл. 73 Директиве 2006/112/ЕС) и треба га стриктно тумачити. Његов циљ је сузбијање евазије до које не може доћи уколико оба учесника трансакције уживају право на одбитак претходног пореза у потпуности. Манипулације са ценом могу узроковати губитак пореског прихода само у фази промета са крајњим потрошачем, односно са обвезником који нема право да у потпуности одбије претходни порез. Из овога произлази да су ситуације у којима се тржишна вредност може применити као антиевазиона мера исцрпно дефинисане у чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС. Није дозвољено домаћим прописом примену тржишне вредности проширити и на случајеве који напуштају оквире овог комунитарног прописа.[43]

Напомињемо да се општи правобранилац у случају C–621/10 (*Balkan and Sea Properties*) осврнуо и на питање утврђивања тржишне вредности. Цена коју је обвезник платио премашила је за непуних 0,5% процењену тржишну вредност. Имајући у виду чињеницу да бугарско законодавство предвиђа, чак, пет метода за утврђивање тржишне вредности, општи правобранилац с правом се пита да ли се заиста може тврдити да је уговорена цена виша од тржишне.[44]

4. ПРИМЕНА ТРЖИШНЕ ВРЕДНОСТИ ЦЕНЕ ВАН ДОХВАТА РУКЕ У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕУ

Чл. 80 (1) Директиве 2006/112/ЕС не предвиђа обавезу држава чланица да предвиде примену тржишне вредности на трансакције

[42] У време писања овог рада пресуда у случајевима C 621/10 и C 129/11 није била званично објављена. И у случају C 298/11 (*Dobrudzhanska petrolna kompania AD v. Direktor na Direktsia 'Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto' gr. Varna, pri Tsentralno upravlenie na Natsionalnata Agentsia po Prihodite*) Суду су постављена питања која се тичу примене чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС. По налогу председника Суда од 9. јула 2012. године, овај случај је брисан из судског регистра, *OJ C* 303, 6.10.2012, 21.

[43] Подсећамо да је бугарски Закон о порезу на додату вредност предвидео примену тржишне вредности на све трансакције међу повезаним лицима. Небитно је да ли је, и у којој мери, учесник трансакције могао одбити претходни порез. Колизија је отклоњена почетком 2012. године, када је бугарски пропис усклађен са комунитарним, вид. Ivan Vargoulev, „The Bulgarian VAT System To Be Evaluated by the ECJ", *International VAT Monitor* 1/2012, 32.

[44] Opinion of AG Sharpston delivered on 26 January 2012, пар. 51. Тиме се *implicite* указује да одступање мора бити значајно за примену антиевазионе мере услов који је, подсећамо, и био предвиђен иницијалним предлогом Европске комисије за примену ове мере.

између повезаних лица. Поред тога, државе чланице могу ограничити примену мере на одређене категорије испоручилаца добара, односно пружалаца услуга или прималаца добара и услуга.[45]

У Холандији је примена тржишне вредности – цене ван дохвата руке у фази разматрања. У Француској је њена примена ограничена на промет непокретности. У Аустрији, Грчкој, Летонији, Луксембургу и Малти тржишна вредност уопше се не примењује.[46] Погледајмо, у табеларном приказу, на који се начин примењује мера из чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС у преосталим државама чланицама ЕУ, са стањем на дан 1.1.2011. године.[47]

Табела

Примена тржишне вредности – цене ван дохвата руке у земљама ЕУ

Држава чланица	Ситуација у којој се примењује тржишна вредност			Ограничења и коментари
	Чл. 80 (1)(a)	Чл. 80 (1)(b)	Чл. 80 (1)(c)	
Белгија	X			Повезаним лицима сматрају се и послодавац и запослени.
Бугарска	X	X	X	
Кипар	X			
Чешка	X	X	X	Послодавац и запослени се не сматрају повезаним лицима.
Немачка	X			Ако су лица повезана на основу руководства, власништва, чланства, или међу њима постоји финансијска или правна веза, тржишна вредност примењује се када промет врши контролисани учесник учеснику који има контролу, али не и код промета у супротном смеру. Ако су и цена ван дохвата руке и цена коштања више од договорене цене релевантна је цена коштања.
Данска	X	X	X	Цена коштања је меродавна у ситуацијама из чл. 80 (1)(a) и (b), а не тржишна вредност. Корекција вредности промета је дозвољена само када је договорена цена нижа од цене коштања, а не и од тржишне вредности.

[45] Чл. 80 (2) Директиве 2006/112/ЕС.

[46] *EU VAT Compass 2011/2012* (eds. Walter van der Corput, Fabiola Annacondia), IBFD, Amsterdam 2011, 507.

[47] Напомињемо да предстојећи табеларни приказ не обухвата примену тржишне вредности у складу са чл. 77, у вези са чл. 27 Директиве 2006/112/ЕС.

Естонија	X	X	X	Промет добара и услуга опорезује се према тржишној вредности, независно од тога у којој мери учесници трансакције могу одбити претходни порез, ако је договорена цена нижа од набавне цене, тј. цене коштања за испоручиоца.
Шпанија	X	X	X	
Финска	X			Тржишна вредност примењује се када је значајно нижа од договорене цене, а разлика се не може оправдати комерцијалним разлозима.
Уједињено Краљевство	X			Накнада мора бити новчана.
Мађарска	X	X	X	Тржишна вредност се не примењује када је накнада утврђена законом.
Ирска	X	X	X	
Италија	X	X	X	
Литванија	X	X	X	Тржишна вредност се не примењује ако је износ накнаде утврђен од стране државних или локалних институција или је у складу са међународним уговором.
Пољска	X	X	X	Тржишна вредност се не примењује ако су се обвезник и пореска администрација споразумели о методи за корекцију трансферних цена међу повезаним лицима. У одсуству таквог споразума тржишна вредност се примењује без ограничења.
Португалија	X	X		
Румунија	X	X	X	Примена тржишне вредности ограничена је на случајеве у којима се врши размена добара и услуга, ако се промет врши без накнаде, или је накнаду тешко утврдити. Примена тржишне вредности за потребе ПДВ могућа је на основу генералне антиевазионе одредбе.
Шведска	X	X	X	Корекција вредности промета се не врши ако обвезник може оправдати цену комерцијалним разлозима или специфичним околностима.
Словенија	X	X	X	
Словачка	X			Тржишна вредност не примењује се на оброке које послодавац обезбеђује за потребе запослених.

Извор*: EU VAT Compass 2011/2012*, 508 509.

5. ПРИМЕНА ТРЖИШНЕ ВРЕДНОСТИ У СРПСКОМ ПДВ ЗАКОНОДАВСТВУ

Српски Закон о порезу на додату вредност (даље: ЗПДВ) прописује примену тржишне вредности у следећим случајевима: ако накнада или део накнаде није изражен у новцу, већ у облику промета добара и услуга, као и код промета добара и услуга, који чине улог у привредно друштво. У обе ситуације основицом се сматра тржишна вредност тих добара и услуга на дан њихове испоруке у коју није укључен ПДВ.[48]

ЗПДВ, дакле, не предвиђа примену тржишне вредности – цене ван дохвата руке у контексту анти-евазионе мере из чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС. Стога, нема ни правног основа за корекцију вредности промета, чак и када се он врши за симболичну суму, умногоме нижу од набавне цене, односно цене коштања добара или пуног трошка пружања услуге. У таквим ситуацијама, релевантна је генерална одредба чл. 17, ст. 1 ЗПДВ, према којој основицу код промета добара и услуга чини износ накнаде коју обвезник *прима или треба да прими*, тј. субјективна вредност промета. Поставља се питање може ли се постојећи простор за евазију сузити тако што ћемо на ове случајеве применити одредбе из чл. 4, ст. 4 и чл. 5, ст. 4 ЗПДВ и основицу утврдити у висини набавне цене, односно цене коштања у складу са чл. 18, ст. 1 и 2 ЗПДВ. Овакав поступак, подсећамо, коси се с резоновањем Европског суда правде у случају *Hotel Scandic*. Међутим, и с позивом на аргумент да нас пресуде Европског суда правде у овом тренутку не обавезују, мишљења смо да из дикције ових одредаба недвосмислено произлази да је њихова примена ограничена искључиво на случајеве одсуства уговорене накнаде. Тако чл. 4, ст. 4 ЗПДВ са прометом добара уз накнаду *изједначава*: 1) узимање добара која су део пословне имовине обвезника за личне потребе оснивача, власника, запослених или других лица; 2) *сваки други* промет добара *без накнаде*. Чл. 5, ст. 4 ЗПДВ са прометом услуга уз накнаду *изједначава*: 1) употребу добара која су део пословне имовине обвезника за личне потребе оснивача, власника, запослених или других лица, односно употребу добара у непословне сврхе обвезника; 2) пружање услуга које порески обвезник изврши *без накнаде* за личне потребе оснивача, власника, запослених или других лица, односно *друго* пружање услуга *без накнаде* у непословне сврхе обвезника. Закључујемо да ЗПДВ не пружа адекватну одбрану од случајева код којих се манипулацијом цене у трансакцијама између повезаних лица узрокује стваран и трајан губитак пореског прихода. Ситуација би се у корист фискуса могла изменити потпуном или делимичном

[48] Чл. 17, ст. 4 и 5 ЗПДВ.

имплементацијом одредаба из чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС. Овакав приступ уједно је у складу са комунитарним законодавством.

6. ЗАКЉУЧАК

Примена начела о субјективној вредности промета отвара простор за евазију пореза на додату вредност. Порески терет искључиво зависи од договора учесника трансакције о висини стварне накнаде за извршени промет. Но, опасност од евазионог поступања није реална у нормалним околностима, када се трансакције одвијају међу неповезаним лицима. Супротстављени интереси учесника трансакције при одређивању износа накнаде заштитиће фискус. Интервенција државе постаје неопходна једино у ситуацијама код којих описани заштитни механизам остаје без дејства – у трансакцијама међу повезаним лицима.

Тада је оправдано, па чак и пожељно, омогућити државама чланицама да пореску основицу утврде с ослонцем на објективни критеријум. Међутим, пресудом Европског суда правде у случају *Hotel Scandic* показало се да комунитарни правни оквир крије евазиони потенцијал за који, све до доношења Директиве 2006/69/ЕС, није пружао адекватно антиевазионо средство. Директивом 2006/69/ЕС свим државама чланицама омогућена је примена тржишне вредности – цене ван дохвата руке на трансакције међу повезаним лицима које се врше уз накнаду. Тиме је на један транспарентан начин сужен простор за малверзације са пореском основицом зарад остваривања пореских уштеда на штету фискуса.

Занимљиво је да српски законодавац није искористио прилику да у склопу недавних реформи које су „спасиле државу од сигурног банкрота" имплементира ову меру у ЗПДВ.[49] (Не)подложност пореског облика евазији у директној је вези са његовом издашношћу. Стога су циљеви који оправдавају увођење ове мере компатибилни циљевима којима су правдане реформе. Но, ни најбогатија држава не може да приушти губитак пореског прихода на уштрб начела правичности у опорезивању – а оно код нас има ранг уставног начела.[50]

[49] Напомињемо да, када је ЗПДВ доношен (2005), у тадашњој Шестој дирек тиви   која је служила као узор српском законодавцу   није било норме која одгова ра чл. 80 Директиве 2006/112/ЕС.

[50] Наиме, последица евазионог поступања није само мањак у државној каси већ и нарушавање правичне расподеле пореског терета у друштву. И код уредних пореских платиша настаје отпор плаћању пореза. Поједини аутори, који порез на додату вредност услед системских слабости сматрају нарочито подложним евазији, из овог разлога оспоравају његову помирљивост са начелом хоризонталне правич ности у опорезивању, упор. Gernot Mittler, „Die Mehrwertsteuer wird zur Achillesferse der Staatseinnahmen in Europa", *ifo Schnelldienst* 2/2004, 6.

Dr. Miloš Milošević

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

ARM'S LENGTH PRICE AS ANTI-EVASION MEASURE IN EU VAT LEGISLATION

Summary

In the system of value added tax, the size of tax burden depends on the agreement between parties in a transaction about the amount of actual consideration for the given transaction. To abuse this rule may result in tax savings directly at the expense of the treasury. And even though the threat of evasion is limited to transaction between connected persons, it is essential to introduce adequate measures against such actions. Directive 2006/69/EC enables all member states to implement open market value – arm's length price to all paid transactions between connected parties. The application of this anti-evasion measure in the EU is what the author of this work focuses on. We shall consider the causes for its introduction into the European VAT legislation, as well as the limitations of its application, and conclude that its positive legal implementation is both justified and desirable.

Key words: *Value added tax. – Tax evasion. – Open market value. – Arm's length price. – Connected persons.*

УДК 41.48/.49

Др Александар В. Гајић[*]

ФОРМАЛНИ ПРИЈЕМ НА ЗНАЊЕ ПРЕСУЂЕНИХ ЧИЊЕНИЦА У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВОСУЂУ

Аутор критички анализира концепт формалног пријема на знање пресуђених чињеница у праву и пракси савремених међународних кривичних су дова и трибунала, Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ), Међународног кривичног трибунала за Руанду (МКТР), Посебног трибунала за Либан (ПТЛ) и Међународног кривичног суда (МКС). Аутор је становишта да је концепт формалног пријема на знање пресуђених чињеница, на начин на који је развијен у јуриспруденцији МКТЈ и МКТР, непримерен за међународни кривични поступак који тежи остваривању највиших стандарда правичног суђења. Од усвајања Римског статута МКС треба да је неспорно да оптужени има, као минималну гаранцију, право да „му не буде наметнут никакав обрт терета доказивања или терет побијања“. Аутор закључује да, осим пред МКТЈ и МКТР, постоји могућност примене концепта пресуђених чињеница пред савременим и будућим привременим међународним кривичним трибуналима (што показују и Правилник о поступку и доказима Посебног суда за Либан), али да би исправна примена доктрине формалног пријема на знање захтевала да се формално могу примити на знање само оне чињенице које су утврђене у неком другом поступку пред истим трибуналом које нису предмет „разумног спора“ и да оне не би требало да буду предмет побијања.

Кључне речи: *Формални пријем на знање. Пресуђене чињенице. Међународни кривични суд. Међународни кривични трибунал за бившу Југославију. Посебан трибунал за Либан.*

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *gajic@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Предмет овог рада је формални пријем на знање пресуђених чињеница (*judicial notice of adjudicated facts*),[1] који је настао и развио се у пракси Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ)[2] и Међународног кривичног трибунала за Руанду (МКТР),[3] који је прихваћен Правилником о поступку и доказима Посебног трибунала за Либан (ПТЛ),[4] али који није нашао своје место у Римском статуту и Правилнику о поступку и доказима Међународног кривичног суда (МКС).[5]

Формални пријем на знање је концепт англосаксонског правног система чије је битно обележје подела судијских функција између професионалног судије, који одлучује о правним питањима и лаичке пороте, која доноси одлуке о чињеницама на основу доказа који су изведени у току суђења и на основу оних чињеница које је суд формално примио на знање.[6] Под формалним пријемом на знање подразумева се начин (или средство) путем ког суд може да узме извесну чињеницу за утврђену без потребе да се ради њеног доказивања изводе докази.[7] Да ли је нека чињеница подесна да буде формално

1 Формални пријем на знање општепознатих чињеница и документарних до каза није предмет разматрања у овом раду.

2 *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)*. Велики број одлука МКТЈ преведен је на српски језик (или како се тумачи у пракси МКТЈ босан ско/хрватско/српски). Будући да преводи одлука често нису прецизни или довољно прецизни користили смо аутентичне верзије, које су углавном израђене на енглеском језику.

3 *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*

4 ПТЛ (*Special Tribunal for Lebanon*) је међународни кривични трибунал привремене природе који је (званично) отпочео са радом 1. марта 2009. године. Реч је о најмлађем међународном кривичном суду који је основан на основу спо разума између Уједињених нација и Либана. Као уговорно тело, овај трибунал није помоћни орган ма ког органа Уједињених нација (за разлику од МКТЈ и МКТР који су помоћни органи Савета безбедности УН), нити је део либанског судског система. Више: *Report of the Secretary General on the establishment of a special tribunal for Lebanon*, United Nations Security Council, S/2006/893, 15 November 2006, 2 и даље.

5 *International Criminal Court (ICC)*

6 У англосаксонском правном систему чињенице које су формално примљене на знање представљају конклузиван доказ (*conclusive proof,* необорив доказ). Међутим, у кривичним поступцима постоји ограничење које одступа од логике фо рмалног пријема на знање. Наиме, будући да судија мора да дâ инструкцију пороти „да се од ње не захтева да 'прихвати као конклузиван доказ било коју чињеницу која је формално примљена на знање'". Разлог је у томе што је *House Committee on the Judiciary* стао на становиште да је одредба униформних правила „непримерена зато што је супротна шестом амандману" који гарантује право на поротно суђење. Вид. Richard M. Fraher: „Adjudicative Facts, Non Evidence facts, and Permissible Jury Background Information", *Indiana Law Journal 66/1987,* 334 337.

7 За појам формалног пријема на знање у унутрашњем и међународном правосуђу вид. *A Dictionary of Law,* Oxford University Press, Oxford 1997, 223; Chit

примљена на знање је правно питање. Мада се поступак и теоријски основ формалног пријема на знање у различитим јурисдикцијама у извесној мери разликују,[8] у самој бити формалног пријема на знање је да његов предмет могу бити само чињенице које нису предмет „разумног спора“,[9] и да не могу да буду оспораване током поступка извођењем доказа. Основна сврха формалног пријема на знање је да се скрати време неопходно за извођење доказа (експедитивност поступка).[10]

Међународно кривично процесно право нема особености ни англосаксонског ни европскоконтиненталног кривично-процесног система, он је једноставно *sui generis*.[11] Сваки од међународних кривичних судова и трибунала је аутономна институција која није везана системом правила или појединим правилима која примењују други међународни кривични судови[12] или национални кривични судови.[13] Појмови међународног кривичног права, иако је већина позајмљена

tharanjan F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publish ers, Leiden 2005, 160 161; Judge Richard May, Mariake Wierda, *International Criminal Evidence*, Transnational Publishers Inc., New York 2002, 134.

8 James G. Stewart, „Judicial Notice in International Criminal Law: A Reconcili ation of Potential, Peril and Precedent“, *International Criminal Law Review* 3/2003, 247.

9 „Уколико је одређена чињенца ван разумног спора, овај процес није неоп ходан. Висок ниво неспорности је суштински предуслов“ (Federal Rules of Evidence (As amended to December 1, 2010) Rule 201. *Judicial Notice of Adjudicative Facts, Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*) Notes Pub. L93 595 No.1, Jan 2, 1975, 88 Sat. 1930 Apr. 26, 2011. eff. Dec 1. 2011), *http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule 201*, 11.11.2012.

10 Arthur J. Keefe, William B. Lands, Robert B. Shaad, „Sense and Nonsense about Judicial Notice“, *Stanford Law Review* 2/1950, 664.

11 Patrick L. Robinson, „Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia“, *European Journal for International Law* 3/2000, 588. За расправу о природи међународног кривичног процесног права вид. Geert Jan Alexander Knoops, *Theory and Practice of International and Internationalized Criminal Proceeding*, European and International Law Series Kluwer, Deventer 2005, 10 12; Gideon Boas, „Comparing the ICTY and the ICC: Some Procedural and Substan tive Issues“, *Netherlands International Law Review,* 2000, 281 287. Поједини аутори, међутим, говоре о њиховој хибридној природи. Вид., на пример, O Gon Kwon, The Challenge of and International Criminal Tribunal as Seen from the Bench, *Journal of International Criminal Justice* 5/2007.

12 „У међународном праву, сваки трибунал представља самосталан (*self con tained* који у себи садржи све елементе прим. аутора) систем (осим уколико није другачије предвиђено)“. *Prosecutor v. Duško Tadić, Case. No. IT 94 1 AR72*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*,* 2 October 1995, пара. 11.

13 Вид. правило 89(А) Правилника о поступку и доказима МКТЈ/МКТР. Жал бено веће МКТЈ је истакао да „нема разлога да се та правила (из унутрашњих правних система прим. аутора) уведу у праксу Трибунала који није везан националним правилима о доказивању... Сврха правилника је да промовише правично и експедитивно суђење и Претресна већа морају имати флексибилност како би оства

из унутрашњих правних система (по правилу из земаља англосаксонске правне традиције), не морају да имају исто значење.[14] Други су опет нови у каталогу појмова процесног права, и управо једна од таквих концепција је формални пријем на знање пресуђених чињеница, која је, како је запазио судија Квон: „нова креација међународног кривичног поступка која не постоји у *common law civil law* правним системима“.[15]

2. ФОРМАЛНИ ПРИЈЕМ НА ЗНАЊЕ ПРЕСУЂЕНИХ ЧИЊЕНИЦА У ПРАВУ И ПРАКСИ МКТЈ И МКТР

2.1. Правни основ формалног пријема на знање и консолидована јуриспруденција МКТЈ и МКТР

Прва верзија Правилника о поступку и доказима МКТЈ/МКТР (Правилник) није познавала формални пријем на знање пресуђених чињеница, већ само општепознатих чињеница.[16] Правило којим се претресно веће овлашћује да формално прими на знање пресуђене чињенице формулисано је приликом тринаесте ревизије Правилника 1998. године, додавањем правила 98(Б),[17] које гласи:

> „На захтев једне од страна или *proprio motu*, претресно веће, након што саслуша стране, може одлучити да формално прими на знање пресуђене чињенице ... из других поступака пред Трибуналом, које се односе на питања која се постављају у текућем суђењу“.[18]

Судија Валд (*Wald*) је 2001. године истакла да је одредба овог правила „веома нејасна“, те да је „домашај овог правила предмет

рили тај циљ“. *Prosecutor v. Aleksovski, Case No. IT 95 14/1*, Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence, 16 February 1999, пара. 19.

14 „Исти појам, па и исти језички израз, не могу да значе увек исто у раз ним гранама права и у разним ситуацијама они значе различите ствари“. Радомир Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд 1979.; Вид. Mojtaba Kazazi, *Bur den of Proof and Related Issues A Study on Evidence in International Law*, Kluwer Law International, The Hague London 1996, 22.

15 O. Kwon, 369.

16 ICTY, Rules of Procedure and Evidence, IT/32, 14 March 1994. Вид. правило 94.

17 ICTY, Rules of Procedure and Evidence, IT/32/Rev.13, 9 and 10 July 1998. За потребе израде овог чланка користили смо верзију Правилника која је била на снази у време његове предаје редакцији *Анала.* Реч је о 47. ревизији Правилника од 28. августа 2012. године (IT/32/Rev.47).

18 У оригиналу: „At the request of a party or *proprio motu*, a Trial Chamber, after hearing the parties, may decide to take judicial notice of adjudicated facts or of the authenticity of documentary evidence from other proceedings of the Tribunal relating to matters at issue in the current proceedings“.

великих контроверзи међу судијама“,[19] указавши да је тужилаштво заговарало његово веома широко тумачење и настојање да се чињенице које су установљене у једном предмету прихвате као пресуђене чињенице у другом предмету, иако оптужени нису исти.[20] Стога су се поставила озбиљна питања очувања права на правично суђење.[21] Чини се да је ово био један од разлога због којих је првобитна пракса била прилично рестриктивна приликом формалног пријема на знање пресуђених чињеница, инсистирајући да такве чињенице не смеју да буду предмет „разумног спора“.[22]

Одлуком Жалбеног већа која је донета у предмету *С. Милошевић* 2003. године, решена су нека од кључних питања везаних за формални пријем на знање пресуђених чињеница која су представљала прекретницу у јуриспруденцији Трибунала,[23] и омогућила знатно шире коришћење правила 94(Б) Правилника.[24] Установљено је да предложе-

---

[19] Patricia Wald, „The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Comes of Age: Some Observation on Day To Day Dilemmas of an International Court“, *Washington University Journal of Law and Policy* 5/2001, 111.

[20] *Ibid.*

[21] Вид. William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone,* Cambridge University Press, Cambridge 2009, 491 492.

[22] Ово је наглашено у првој одлуци МКТЈ по захтеву за формални пријем на знање пресуђених чињеница. *Prosecutor v. Blagoje Simić, Milan Simić, Miroslav Tadić, Stevan Todorović and Simo Zarić, Case No. IT 95 9*, Decision on the Pre Trial Motion by the Prosecution Requesting the Trial Chamber to take Judicial Notice of the International Character of the Conflict in Bosnia and Herzegovina, 25 March 1999 (Одлука у предмету Симић и остали), 4. У одлуци је наглашено да „правило 94 треба тумачити тако да обухвата чињенице које *нису предмет разумног спора*, и да баланс треба да се успостави између судске економије и права оптуженог на правично суђење“. Вид. и *Prosecutor v. Duško Sikirica, Damir Dođen and Dragan Kolundžija*, *Case No. IT 95 8 PT,* Decision on Prosecution’s motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 27 September 2000; *Prosecutor v. Naser Orić, Case No. IT 03 68 T, Decision of Defence Motion to take Judicial Notice of Adjudicated Facts in the Deronjić case, 1 November 2004*, Одлука Претресног већа (даље: п. в.) у предмету Орић из 2004. године.

[23] *Prosecutor v. Slobodan Milošević, Case No. IT 02 54 AR73.5*, Decision on the Prosecution’s Interlocutory Appeal against the Trial Chamber’s 10 April 2003 Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 October 2003 (Одлука Жалбеног већа (даље: ж.в.) у предмету С. Милошевић). Међутим, у извесним одлукама којима је захтев према члану 94(б) одбијен из других разлога, и даље се наводио као услов формалног пријема на знање да предложена чињеница не сме бити предмет разумног спора. Вид. Одлука п. в. у предмету Орић из 2004. године.

[24] Примера ради, у предмету *Караџић* претресно веће је формално примило на знање 2716 пресуђених чињеница (вид. *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, *Case No. IT 95 58/18*, Motion for Stay of Proceedings Violation of Burden of Proof and Presumption of Innocence, 1. April 2010, пара. 2 и тамо наведене одлуке Претресног већа). У предметима *Тужилац против Поповића и осталих* и предмету *Толимир*, Претресно веће је формално примило на знање по нешто више од 500 пресуђених чињеница. У предмету *Тужилац против Ратка Младића*, Претресно веће је одлукама од 28.

на чињеница може да буде предмет „разумног спора“, и да се њеним формалним пријемом на знање формира презумпција тачности пресуђене чињенице.[25]

2.2. Сврха формалног пријема на знање пресуђених чињеница и питање права оптуженог на правично суђење

Сврха формалног пријема на знање у јуриспруденцији МКТЈ и МКТР је битно детерминисана потребом, или великим притиском, да се убрзају иначе дуготрајна суђења, и да се остваре циљеви стратегије окончања рада Трибунала (*complition strategy*).[26] У предмету *Толимир,* претресно веће је, сумирајући исказе из јединствене јуруспруденције трибунала, навело да је сврха правила 94(Б) Правилника да се: „постигне економичност судског поступка и ускладе пресуде Трибунала давањем дискреционог овлашћења претресном већу да формално прими на знање чињенице из других поступака. Како је

фебруара 2012, 21. марта 2012, 13. априла 2012. и 2. маја 2012. формално прими ло на знање 1974 пресуђене чињенице. У предмету *Тужилац против Станишића и Симатовића* претресно веће је формално примило на знање 1086 пресуђених чињеница (*The Prosecutor v. Jovica. Stanišić and Franko Simatović, Case No. IT 0891 T,* Decision Granting in Part Prosecution's Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts Pursuant to Rule 94(B), 1 April 2010.)

[25] *Prosecutor v. Karemera, Ngirumpatse and Nzirorea*, *Case No. ICTR 98 44 AR73(C)*, Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16 June 2006 (Одлука ж. в. у предмету Каремера и остали) пара. 40; Вид. *Prosecu tor v. Dragomir Milošević, Case No. IT 98 29/1 AR73.1*, Decision on Interlocutory Ap peals Against Trial Chamber's Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Prosecution's Catalogue of agreed facts, 26 June 2007 (Одлука ж. в. у предмету Д. Милошевић), para. 27; *Prosecution v. Vujadin Popović, Lubiša. Beara, Drago Nikkolić, Ljubomir Borovčanin, Radovoje Miletić, Milan Gvero and Vinko Pandurević, Case No. IT 05 88 T*, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, With Annex, 26. September 2006, fn. 19.

Околности које су довеле до изношења питања формалног пријема на знање пред Жалбено веће у предмету *С. Милошевић* је била, између осталог, та да је пре тресно веће у предмету Крајишник 28. фебруара. 2003. године (*Prosecutor v. Krajišnik*, Case No. IT 00 39 T, Decision on Prosecution Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts and for Admission of Written Statements of Witnesses pursuant to Rule 92*bis*) фор мално примило на знање велики број пресуђених чињеница из пресуда трибунала, док је претресно веће које је поступало у предмету *С. Милошевић,* након непуна два месеца (10. априла 2003. године вид. Одлуку ж. в. у предмету *С. Милошевић*) велики број идентичних чињеница одбило да формално прими на знање. Жалбено веће је решило контрадиторна правна становишта ова два претресна већа и наложи ло претресном већу да у складу са тим критеријумима преиспита побијану одлуку. Више о томе вид. Eugene O'Sullivan, Seidre Montgomery, „The Erosion of the Right to Confrontation under the Cloack of Fairness at the ICTY“, *Journal of International Criminal Justice* 2/2010, 521.

[26] Упор. Mark B. Harmon, „The Pre Trial Process at the ICTY as a Means of Ensuring Expeditious Trial A Potential Unrealized*“, Journal of International Criminal Justice* 2/2007, 377 378.

приметило Жалбено веће, међутим, приликом примене правила 94(Б) Претресно веће мора успоставити равнотежу између остваривања те сврхе и очувања фундаменталног права оптуженог на правично суђење“.[27]

2.2.1. Експедитивност судског поступка – скраћивање времена потребног за извођења доказа о релевантним чињеницама

Судија Робинсон је указао да је правило о „пресуђеним чињеницама“ један од „најефикаснијих механизама за убрзање судских поступака“.[28] Судија Квон је указао да се формалним пријемом на знање пресуђених чињеница „редукује потреба за репетитивним сведочењима и доказима у сукцесивним предметима (будући да има) мноштво предмета који се баве истим догађајима и велики је број идентичних или скоро идентичних доказа који се изводе из предмета у предмет, чиме се троше знатно време и ресурси“.[29]

Убрзање поступака је, изгледа, циљ који је постављен „споља“, од Савета безбедности УН, који је ради његовог остваривања формирао „Експертску групу за преиспитивање ефикасног деловања и функционисања МКТЈ и МКТР“ (даље: Експертска група). Експертска група је 2001. године усвојила низ препорука, међу којима и да се „чешће користи формални пријем на знање тако да се на правичан начин заштите права оптужених и у исто време редукује или елиминише потреба за репетитивним сведочењима и извођењем истих документарних доказа у сукцесивним предметима“.[30] У извештајима о примени препорука Експертске групе МКТЈ је, на пример, 2002. године истако да се формалним пријемом на знање „може допринети значајном скраћењу суђења... будући да се доноси све више одлука Жалбеног већа, омогућено је значајније коришћење формалног пријема на знање“.[31] Управо је број окончаних предмета пред

[27] *ICTY, Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, *Case No. IT 05 88/2 PT*, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Pursuant to Rule 94(B), 17 December 2009 (Одлука п. в. у предмету Толимир), пара. 6. За исказе о сврси формалног пријема на знање пресуђених чињеница у, по овом питању, јединственој пракси МКТЈ i MKTR, вид. фусноту 19 наведене одлуке, и, на пример, *Momir Nikolić v. Prosecution*, IT 02 60/1 A, *Decision on Appellants Motion for Judicial Notice*, 01 April 2005, пара. 10; Одлуку ж. в. из предмета С. Милошевић, 4.

[28] P. Robinson, 582; M. Harmon, 378.

[29] O. Kwon, 369.

[30] *Report of the Expert Group to Conduct a Review of the Effective Operation and Functioning of the International Tribunal for the Former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda International,* UN Doc. A/54/634, 102.

[31] *UN General Assembly, Financing of the International Tribunal for the Prosecu tion of Persons for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991 Comprehensive report on the results*

МКТЈ и МКТР створио услове за чешће прибегавање правилу 94(Б) Правилника.[32]

2.2.2. Усклађивање пресуда трибунала

О усклађивању пресуда трибунала као сврси формалног пријема на знање пресуђених чињеница нема подробнијих расправа у доктрини и јуриспруденцији. Управо ова сврха се чини више него проблематичном, иако се може разумети да би МКТЈ и МКТР били у веома незгодној позицији уколико би пресуде различитих већа које се баве истим догађајима садржале међусобно контрадикторне чињеничне налазе.

У јуриспруденцији Трибунала чини се неспорним да „закључци претресног већа немају обавезујућу снагу изузев између страна у погледу конкретног случаја“.[33] Другим речима, за потребе решавања других предмета, чињенични и правни закључци нису обухваћени дејством правила *res iudicata*. Поступак пред МКТУ и МКТР је адверсаријалне природе, истрага је страначка,[34] у различитим предметима различити су оптужени чије се одбране знатно разликују, и различита је њихова мотивисаност, па и потреба, да се баве одређеним чињеницама.

У унутрашњим правним системима је неспорно опште правило, како је истакао Пипсон *(Phipson*): „у сваком предмету суд мора одлучивати на основу сопствених доказа, а не на основу оних који су изведени у било ком другом предмету... нити се може позивати на чињенице из другог предмета“.[35]

Другим речима: „околност да је нека чињеница доказана у једном предмету не омогућава суду да је формално прими на знање у другим предметима“.[36]

На исти начин је резоновао и Међународни суд правде у предмету *Border and Transborder Armed Actions*, закључивши да је „на

of the implementation of the recommendations of the Expert Group to a Conduct a Review of the Operation and Functioning of the International Tribunal for the Former Yugosla via and the International Criminal Tribunal for Rwanda, Note by the Secretary General, A/56/853, 4 March 2002, пара. 25.

[32] Вид. фн. 24.

[33] Одлука п. в. у премету Симић и остали, 4.

[34] Истрагу воде Тужилаштво МКТЈ и свака од одбрана. Вид. Александар Гајић, „International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Human Rights Per spective“, Human Rights Today 60 Years of the Universal Declaration (eds. Miodrag Jovanović and Ivana Krstić), Elevent International Publishing, Utrecht 2010, 135 138.

[35] Sidney L. Phipson, *The Law od Evidence*, London 1942, 26.

[36] Sidney L. Phipson, John H. Buzzard, Michael N. Howard, *Phipson on Evi dence*, Sweet and Maxwell, London 1982[18], 38.

странкама да доказују чињенице у овом предмету ослањајући се на уобичајена правила о доказивању, и при томе није могуће да се ослањају на оно што је пресуђено у неком другом предмету у коме нису узеле учешћа управо те странке“.[37]

Сама могућност да различита већа доносе контрадикторне чињеничне закључке није разлог због ког би се поставило питање усаглашавања пресуда различитих претресних већа, иако би таква ситуација у међународном кривичном правосуђу била изразито непријатна. У различитим поступцима у којима се изводе исти докази, постоји реална и разумна могућност доношења несагласних чињеничних закључака, не само због тога што докази могу да буду „различито оцењени у различитим предметима у зависности од других доказа и других релевантних околности“,[38] већ, како је истакло Жалбено веће образлажући стандард преиспитивања чињеничних закључака претресног већа: „У складу са јуриспруденцијом Трибунала, задатак саслушања, оцењивања и одмеравања доказа изведених на суђењу је остављен Претресном већу... Ваља имати на уму и то да двоје судија, који обоје поступају разумно, на основу истих доказа, могу изводити различите закључке“.[39]

---

[37] *Border and Transborder Armed Actions Case (Nicaragua v Honduras),* Judgment*, International Court of Justice Reports 1988,* пара. 54. Чавошки је супротног становишта и заступа тезу да: „У добро уређеном судству ништа није необично да једно судско веће у оквиру истог суда или неки други суд преузму, без поновног разматрања и пресуђивања, чињенице које су правноснажном прсудом другог судећег већа или другог суда већ утврђене или пресуђене (*res iudicata*)“, (Коста Чавошки, „Пресуђивање историји у Хагу“, *Хришћанска мисао*, Београд 2002, 7) и наводи као илистративан пример један пример могућег чињеничног дејства пресуде кривичног суда у грађанском поступку. Међитим, кривични поступак не познаје институт пресуђених чињеница, док се чињенично дејство кривичне пресуде у грађанском судском поступку у упоредном праву решава на различите начине. Примера ради, у Немачкој се „потпуно поштује принцип потпуне независности грађанског и кривичног правосуђа. У Француској је грађански суд потпуно везан одлукама кривичног правосуђа, у Швајцарској грађански суд је везан само оним делом пресуде кривичног суда у коме се утврђује постојање кривичног дела“. У аустријском моделу (који је прихваћен и у Републици Србији) грађански суд је везан само осуђујућом пресудом и то у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности, Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд 2008, 70. Овде је реч о дејству пресуде једног суда у поступку пред другим судом, у ситуацији у којој је иста особа страна у оба поступка, у оба поступка основно питање је одговорности исте особе, с тим што је у првом случају реч о његовој кривичној, а у другом грађанској одговорности.

[38] *Eduard Karemera, Matthieu Ngirumpatse, Joseph Nizorera, Case No. ICTR 98 44 AR73.17*, Decision on Joseph Nizorera’s Appeal of Decision on Admission of Evidence Rebutting Adjudicated Facts, 29 May 2009, пара. 16.

[39] *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškuć, Vlatko Kupreškuć, Drago Josipović, Vladimir Šantić, Case No. IT 95 16 A, Appeals Chamber,* Judgment, 23 October 2001, пара. 30.

Има основа за тврдњу да се циљ „усклађивање пресуда“ не постиже искључиво формалним пријемом на знање пресуђених чињеница. Претресно веће, да би донело одлуку по захтевима поднесеним у складу са правилом 94(Б), треба детаљно и ревносно да разматра пресуде других претресних већа и Жалбеног већа у „повезаним предметима“, што је временски захтевно и има снажан потенцијал да судије, упркос професионалности, и пре него отпочне извођење доказа, формирају своја гледишта о кључним питањима, и тиме се изложе опасности да прејудицирају своје чињеничне налазе.

2.2.3. Успостављање равнотеже између декларисане сврхе формалног пријема на знање пресуђених чињеница и права оптуженог на правично суђење

Будући да се формалним пријемом на знање пресуђених чињеница одступа од уобичајеног начина извођења доказа, оно има снажан потенцијал да знатно угрози претпоставку невиности оптуженог и друга права оптуженог на правично суђење.[40] У одлукама Жалбеног и претресних већа редовно се наглашава потреба да се успостави „баланс између остваривања сврхе формалног пријема на знање пресуђених чињеница и очувања фундаменталног права оптуженог на правично суђење“. Питање овог „баланса“ прожима све елементе расправе, и стога на овом месту нећемо вршити непотребна понављања.

2.3. Поступак формалног пријема на знање пресуђених чињеница

Претресно веће формално прима на знање пресуђене чињенице (образложеном) одлуком коју доноси у писменом облику, на захтев ма које стране или *proprio motu*. Како је истакао Кеј (*Kay*): „иако је употреба овог правила омогућена обема странама, његово примарно усмерење је да буде коришћено од стране тужилаштва“.[41] У пракси МКТЈ тужилаштво редовно подноси веома обимне захтеве за формални пријем на знање пресуђених чињеница, а нису ретки ни захтеви одбрана.[42]

---

[40] Судови у англосаксонском правном систему су веома уздржани приликом формалног пријема на знање чињеница које су релевантне за решавање случаја због тога што „директно погађају права странака“. (R. Fraher, 334)

[41] Steven Kay, „The move from oral evidence to written evidence 'The law is always too short and too tight for growing humankind',„ *Journal of International Crimi nal Justice* 2/2004, 2.

[42] Вид. на пример, *Prosecutor v. Jovica Stanisic and Franko Simatovic*, *Case No. IT 03 69,* Stanisic Defence Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28. Septem ber 2011; Second Stanisic Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 01 June 2012, *Prosecutor* v. *Stanisic and Zupljanin*, *Case. No. IT 08 91*, Mr. Mićo Stanisic's Motion for

Без обзира на то да ли то чини на захтев странке или *proprio motu*, странама се мора омогућити да изнесу становишта. На страни која подноси захтев је терет уверавања да су испуњени услови за њен формални пријем на знање.[43]

У досадашњој пракси МКТЈ само у једном случају (у предмету *Младић*) Претресно веће је *proprio motu* формално примило на знање (две) пресуђене чињенице.[44] Међутим, у овом случају, пре би се могло говорити о вршењу инхерентног овлашћења Претресног већа да преиспитује своје раније одлуке него о њиховом *proprio motu* формалном пријему на знање, будући да су те чињенице биле предмет захтева тужилаштва који није био прихваћен преиспитиваном одлуком.[45]

Приликом разматрања захтева за формалним пријемом на знање пресуђених чињеница, веће се редовно ослања искључиво на пресуде претресног и/или жалбеног већа на коју се позива подносилац захтева (изворна пресуда). Доказни материјал на који се ослонило веће које је донело „изворну пресуду" није предмет размтатрања.[46]

2.4. О појму пресуђене чињенице и предмету дискреционог овлашћења већа да их формално прими на знање

Правилницима МКТЈ и МКТР није дефинисан појам пресуђене чињенице.[47] Како је напоменуло Претресно веће у предмету *Прлић*

Judicial Notice of Adjudicated Facts, With Annex, 28 March 2011; *Prosecutor v. Momcilo Perisic*, *IT 04 81 T,* Defence Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 25 March 2010, Second Defence Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, with public An nex A*,* 15 June 2010; *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermark and Mladen Markač, IT 06 90 T,* Defencant Ante Gotovina's Request for Judicial Notice Pursuant to Rule 94, 22 July 2009; *Prosecutor v. Vujadin Popovic at all*, Vujadin Popovic's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 01 May 2008*, Prosecutor v. Dragomir Milosevic, IT 98 29/1,* Defence Motion for Judicial Notice of Facts (Rule 94 B) of the Rules of Procedure and Evidence, 20 August 2007; *Prosecutor v. Enver Hadžihasanovic, Amir Kubura and Me hmed Alagić, IT 01 47 T,* Joint Defence Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 20 January 2005.

43 Вид., на пример *Prosecutor v. Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Pra ljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić, Berislav Pušić, Case No. IT 04 74 PT,* Decision on Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Pursuant to Rule 94(B)*,* 14 March 2006, (Одлука п. в. у предмету Прлић и остали) пара. 9.

44 *Prosecutor v. Ratko Mladić, Case No. IT 09 92 T*, Decision on *Proprio Motu* Taking Judicial Notice of Two Adjudicated Facts, 05 June 2012.

45 *Ibid.*

46 Како је истакао судија Хархоф (*Harhoff*): „формални пријем на знање ослобађа Претресно веће од разматрања доказа који се односе на чињеницу коју је (друго) претресно веће већ размотрило и утврдило". Одлука п. в. у предмету Д. Милошевић, Dissenting Opinion of Judge Harhoff, пара. 5.

47 Појам и израз „пресуђене чињенице" (adjudicated facts) треба строго разликовати од англосаксонског појма и израза „adjudicative facts" (за сврхе овог

и остали (2006): „у јуриспруденцији Трибунала не постоји општи консензус да ли је о некој чињеници ‘пресуђено’“.[48] Садржина појма „пресуђене чињенице“ је постепено грађена развојем јуриспруденције, нарочито након горе поменуте одлуке Жалбеног већа из предмета *С. Милошевић*.

Није сваки чињенични закључак садржан у некој од пресуда МКТЈ „пресуђена чињеница“. Реч је о нужном, али не и довољном услову. Иако су формулације којима се образлажу одлуке већа понекад недовољно прецизне, под пресуђеном чињеницом се може сматрати само она која испуњава услове (критеријуме) прихватљивости (*admissibility*), како су дефинисани у јуруспруденцији трибунала. Другим речима, одређење појма пресуђених чињеница, није ствар дискреционе оцене већа. Веће може да примени своје дискреционо овлашћење формалног пријема на знање само у погледу оне чињенице за коју је претходно установило да је „пресуђена чињеноца“.

2.5.Услови прихватљивости и дискрециона природа овлашћења већа да формално прими на знање пресуђене чињенице

Како је истакло претресно веће у предмету *Толимир,* позивајући се на јединствену јуриспруденцију МКТЈ: „Процена да ли би нека предложена чињеница могла бити формално примљена на знање је поступак који се састоји из два дела: претресно веће прво мора да утврди да ли дата чињеница испуњава девет услова прихватљивости који су установљени у јуриспруденцији Трибунала; друго, за сваку

рада превешћемо овај појам као адјудикативна чињеница). Реч је о два потпуно различита појма који имају само сличан назив (на енглеском језику). (Одлука ж. в. у предмету С. Милошевић Separate Opinion of Judge Shahabudden Appended to the Appeal’s Chamber’s Decision Dated 28 Ocober 2003 on the Prosecution’s Interlocutory Appeal against the Trial Chamber’s Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 31 October 2003. (Издвојено мишљење судије Шахабудина.) Под адјудикативним чињеницама подразумевају се оне релевантне чињенице које страке изнесу пред суд, односно оне „на које се примењује право у процесу пресуђивања... Због тога што странке настоје да реконструишу конкретан ток догађаја који се збио у прошлости, суд ће форално примити на знање само оперативне чињенице када је нека адјукативна чињеница ван спора“, Fraher, 334 337; The Evidence Project, Pro posed Revision to the Federal Rules of Evidence (ed. T. C. Goldstein), American Univer sity Washington College of Law, Article II. Judicial Notice, Current and Revised Rule 201 Judicial Notice of Adjudicative Facts.

*http://www.wcl.american.edu/pub/journals/evidence/commentary/a2r200c.htm*l, 3. октобар 2012. Пресуђене чињенице такође треба строго разликовати од опште познатих чињеница, чије тумачење у пракси МКТР је веома проблематично. Вид. J. Stewart, 249 253; Nina H. B. Jorgensen, „Genocide as a Fact of Common Knowledge“, *International and Comparative Law Quarterly* 56/2007; Ralph Mamiya, „Taking Judicial Notice of Genocide? The Problematic Law and Policy of the Karemera Decision“, *Wis consin International Law Journal* 1/2012, 1 22.

[48] Одлука п. в. у предмету Прлић и остали, пара. 12.

чињеницу која испуњава те услове Претресно веће мора да утврди, по својој слободној оцени, да ли сматра да би ипак требало ускратити њен формални пријем на знање на основу тога што формални пријем на знање те чињенице не би био у интересу правде“.[49]

2.5.1. Критеријуми прихватљивости у консолидованој јуриспруденцији МКТЈ и МКТР

У консолидованој јуриспруденцији искристалисало се неколико услова прихватљивости.[50] Ови услови су постављени кумулативно, и неиспуњењем макар једног од њих веће је дужно да одбије да формално прими на знање предложену чињеницу, или уколико је реч само о недостатаку у формулацији предложене чињенице који је отклоњиве природе, да га отклони *propio motu*.

1) *Релевантност пресуђене чињенице.* Као и свака друга чињеница која може да буде предмет разматрања, она мора да буде релевантна за неко питање у текућем поступку.[51] Критеријум релевантности не обухвата само околности о догађајима који леже у основи оптужби, већ се односи на било које од питања које је од значаја за доношење пресуде, укључујући ту, примера ради, доказну вредност појединих врста доказа, па чак и чињенице о истрагама тужилаштва МКТЈ.[52]

---

49 Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 7. Исто и, на пример Одлука п. в. у предмету Поповић и остали, пара. 4.

50 Упор. нпр. *Prosecutor v. Momčilo Perišić, Trial Chamber, Case No. IT 04 81 PT*, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts Concerning Sarajevo, 26 June 2008, пара.16. са Одлуком п. в. у предмету Толимир, пара. 8 и, на пример, *Prosecutor v. Radovan Karadžić, Case No. IT 95 5/18 PT,* Decision on Third Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 9 July 2009, пара. 12. Са друге стране, у ранијој пракси појединa већа су била становишта да су поједини услови прихватљивости обухваћени дискреционим овлашћењем већа. Вид. *Prosecu tor v. Dragomir Milošević, Case No.* IT 98 29/1 T, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Prosecution's Catalogue of Agreed Facts with Dissenting opinion of Judge Harhoff, 10 April 2007, пара. 27.

51 Вид., примера ради, Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 11; Одлука п. в. у предмету Поповић и остали, пара. 5; Одлука ж. в. у предмету Николић, пара. 52.

52 Примера ради, у предмету Толимир, пресуђене чињенице које су формал но примљене на знање тицале су се аутентичности и поузданости тзв. пресретну тих комуникација, међу којима неколико пресуђених чињеница из предмета Крстић, нпр. да је тужилаштво ревносно проверило и упоредило прислушкиване материјале у оквиру пројекта „прислушкивање“, како би утврдило да је материјал поуздан и ау тентичан, Тужилаштво је проверило унутрашњу конзистенцију између бележница и исписа сваког разговора. Упоређивани су и транскрипти за сваки појединачни разговор који је снимило двоје или више оператера који су вршили прислушкивање. Тужи лаштво се такође упустило и у упоређивање пресретнутих порука са информацијама из других извора... Тужилаштво је користило минуциозне поступке како би уста

2) *Дистинктност, конкретност и идентификатибилност предложене чињенице.* Ни једна од предложених чињеница не може се посматрати изоловано од осталих чињеница на којима је заснована изворна пресуда и оних предлога који су обухваћени захтевом за формалним пријемом на знање. Веће мора испитати предложену чињеницу „у контексту изворне пресуде уз конкретно наведено место које се спомиње у пресуди и период[53] на који се односи оптужница у датом предмету. Веће мора ускладити формални пријем на знање уколико је предложена чињеница нераскидиво везана за било које друге чињенице које не испуњавају услове за формални пријем на знање на основу правила 94 (Б), било друге спорне чињенице које имају за сврху да замагле главну чињеницу“.[54]

Претресна већа сматрају да поједине чињенице, „чак и уколико се сагледају у контексту изворне пресуде могу да буду недовољно јасне и конкретне и стога неприхватљиве“.[55] Од стране која подноси захтев захтева се да „јасно назначи параграфе“ или „делове изворне пресуде“ у којој је садржан исказ о предложеној чињеници.

3) *Подносилац захтева мора „довољно прецизно“ да идентификује предложену чињеницу.* Уколико је страна погрешно цитирала параграф или део изворне пресуде: „Претресно веће може да формално прими на знање ту чињеницу, под условом да је... странка која није поднела захтев могла да разуме на који се чињенични налаз односи захтев, и уколико су испуњени други услови прихватљивости“.[56]

новило тачне датуме пресретнутих разговора. (Одлука п. в. у предмету Толимир, пресуђене чињенице бр. 600 602.)

Успостављањем претпоставке о аутентичности појединих доказа који нису формално примљени на знање и њиховој поузданости противно је основној функцији већа да оцењује доказе, како ради доношења одлуке о њиховом уврштавању у спис предмета, тако и ради одређивања њихове доказне снаге. Ово поготово уколико ти докази треба тек да буду изведени у току суђења, а претресно веће нема пред собом доказне материјале (и друге материјале) на основу којих је претресно веће извело закључак о њиховој доказној снази.

[53] Претресна већа чињенице сматрају недовољно конкретним уколико се из предлога или из изворне пресуде не може установити период у коме је на стала/постојала. Вид., на пример, *Prosecutor v. Momcilo Perišić*, *Case No. IT 04 88 T,* Decision on Second Defence Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 02 August 2010, (Одлука п. в. по другом захтеву одбране у предмету Перишић), пара. 20.

[54] Одлука п. в. у предмету Прлић и остали, пара. 12. Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 13.

[55] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 14; *Prosecutor v. Radovan Karadžić, IT 95 5/18 PT,* Decision on Third Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 9 July 2009, пара. 21.

[56] Одлука п. в. у предмету Поповић и остали, пара. 9.

4) *Формулација предложене чињенице не сме суштински да се разликује од формулације из изворне пресуде.*[57] Поједина претресна већа су инсистирала на доследној формулацији која је садржана у изворној пресуди,[58] док друга (већина), инсистира да не сме постојати „суштинска разлика" од формулације из изворне пресуде. „Мање непрецизности" и „двосмислености" су отклоњиве природе, и претресна већа их могу изменити *proprio motu*.[59] Претресна већа указују да је сврха исправке да се предложена формулација усклади са „намераваним смислом првобитног већа".[60]

5) *Предложена чињеница не сме да буде нејасна и не сме да наводи на погрешан закључак у контексту изворне пресуде и контексту у који ју је ставио подносилац захтева.*[61] Претресно веће ће одбити да формално прими на знање оне предложене чињенице за које утврди да су формулисане тако да апстраховане из изворне пресуде наводе на погрешан заључак или на закључак који је „недоследан у односу на чињенице о којима је заиста пресуђено у тим предметима".[62] Предложена чињеница се не може прихватити уколико претресно веће нађе да ће она „постати нејасна или наводити на погрешан закључак зато што ће бити ускраћен формални пријем на знање једне или више других пресуђених чињеница".[63] Другим речима, предложена чињеница се мора сагледати у три контекста: изворне пресуде, постављеног захтева и чињеница које ће бити формално примљене на знање. У сва три контекста она мора да има исти смисао.

6) *Предложена чињеница не сме садржати квалификације које су суштински правне природе.* Формално се могу примити на знање само чињенични, али не и правни закључци из изворне пресуде.[64]

[57] *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT 00 39 T*, Decision on Third and Fourth Prosecution Motions for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 24 March 2005, пара. 1; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, *Case No. IT 02 60 T*, Decision on Prosecu tion's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts and Documentary Evidence, 19 December 2003, пара. 16; Одлука п. в. у предмету Толимир.

[58] Вид. на пример, Одлука у предмету Прлић и остали, пара. 16.

[59] Тужилац против Поповића и осталих, пара. 7.

[60] Одлука п. в. у премету Толимир, пара. 17; Одлука п. в. у предмету Поповић, пара. 7; Одлука п. в. у предмету Перишић, пара. 19.

[61] Одлука ж. В. у предмету Карамера, пара. 55; Одлука п. в. у предмету Поповић, пара. 8; Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 19.

[62] *Ibid.*

[63] Одлука п. в. у предмту Поповић, пара. 8; Одлука п. в. у предмту Поповић, пара. 19.

[64] Примера ради, квалификација оружаног сукоба као међународног или не међународног је правне природе *(Prosecutor v. Momčilo Perišić, IT 04 81 PT,* Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Facts and Documents Relevant to the Zagreb

Међутим, овај услов се може показати као проблематичан, будући да образложење пресуде редовно садржи и чињеничне и правне закључке који се надовезују један на други, и које није могуће разумети изолованим посматрањем само једне од ових компоненти. У пракси трибунала истиче се да предложена чињеница не сме садржати квалификације које су „суштински правне природе" и како би се одредило да ли је реч о правној квалификацији или чињеници, већа испитују чињеницу „у контексту у коме се она налази у изворној пресуди".[65]

У јуриспруденцији трибунала није учињен озбиљан напор да се детаљније размотри „вечито питање" критеријума разликовања чињеничних од правних закључака. У предмету *Д. Милошевић* претресно веће је изнело становиште „да је налаз правни када укључује тумачење или примену правних начела, док је налаз чињенични када захтева опис чињеница у вези са датим предметом".[66] Судија Робинсон је у свом издвојеном мишљењу истакао да: „нема никакве потребе за дефинисањем појма чињенични" те да је „предложена дефиниција нејасна и да није од помоћи".[67] С овим становиштем се не можемо сложити у делу у коме се износи тврдња да нема потребе за дефинисањем појма чињеничних закључака за сврху испитивања услова прихватљивости, иако је, уситину, тешко дати дефиницију која би на недвосмислен начин разграничила појам чињеничног од правног закључка".[68] Међутим, овај појам би требало да буде дефинисан за сврху формалног пријема на знање, будући да је израз „суштински правне природе" недовољно јасан.

Crime Baze, 02 September 2008 (Одлука п. в. у Предмету Перишић, Загреб, пара. 23) као и чињеница да је „напад био усмерен на цивилно становништво*"*, што је услов за примену члана 5 Статута (Одлука п. в. у предмету Младић од 28.2.2012, пара. 38). Међутим, у пракси МКТЈ и МКТР је неспорно да „уопштено гледано, закључци који се тичу *actus reus* и *mens rea* учиниоца злочина су нужно чињенични". (Одлука у предмету Перишић, Загреб, пара. 23).

[65] Вид. *Prosecutor v. Ratko Mladić,* First Decision on Prosecution Motion for Ju dicial Notice of Adjudicated Facts, 2 February 2012, (Одлука п. в. у предмету Младић од 28.2.2012), пара. 37.

[66] *Prosecutor v. Dragomir Milošević, IT 98 29/1 T,* Decision on Appeals Chamber Remand of Judicial Notice of Adjudicated Facts with Separate Opinion of Judge Robin son, 18 July 2007, пара. 11.

[67] *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Robinson.

[68] Пипсон истиче да није могуће дати задовољавајућу дефиницију појма чињеница, и да вероватно таква дефиниција и не може да буде дата, те да овај појам треба разликовати од права, мишљења, а понекад и од сведочења или докмента, те да „ову дисктинкцију није могуће конзистентно применити, Phipson, 2. За распра ву о разграничењу чињеничних од правних закључака вид. Александар В. Гајић, *Доказивање пред Међународним судом правде*, докторска дисертација, Правни фа култет Универзитета у Београду, Београд 2012, 88 92.

7) *Чињеница не сме да буде заснована на спосразуму страна у претходном поступку.*[69] Пресуђеним чињеницама се сматрају само оне које је веће утврдило оценом изведених доказа. Из тог разлога, чињенице које је веће утврдило на основу споразума страна се не могу сматрати пресуђеним чињеницама.[70] Такве су чињенице оне које произлазе из споразума о изјашњавању о кривици,[71] или другог спразума страна у поступку.[72]

Пракса МКТЈ је јединствена у томе да се чињеница из изворне пресуде сматра заснованом на споразуму странака уколико „релевантна фуснота (изворне пресуде –прим. аутора) својом структуром упућује на чињенице о којима је постигнут спразум између странака као примарни извор".[73]

Овај метод утврђивања „чињеница заснованих на споразуму странака" је споран. Поступак пред МКТЈ је адверсаријалне природе и поступање странака у знатној мери утиче и на чињеничне налазе, будући да одбрана или тужилаштво не морају да буду заинтересовани да оспоравају све тврдње друге стране. Поред тога, веће не мора да испитује све поднеске странака (на пример, завршне претресне поднеске или завршне речи и бројне интерлокуторне поднеске странака и аргументацију у вези са њиховом прихватљивошћу) како би установило да ли је дата чињеница била неспорна. Наиме, изношење сагласних чињеничних тврдњи или неистицање приговора може произвести суштински исти ефекат као и споразум страна, иако би можда у одсуству сагласне аргументације странака или Претресно веће дошло до другачијег закључка. Из овог разлога, узимањем у обзир искључиво формалног споразума странака с терена суштине се прелази на терен форме, што се чини непримереним уколко се инсистира да о датој чињеници треба „заиста да буде пресуђено".

У поступцима пред МКТЈ и МКТР чак и уколико су стране постигле формални споразум о некој чињеници, то не значи да та

[69] Вид. правило 65 тер (Н) Правилника.

[70] Одлука ж. в. у предмету С. Милошевић, 3; *Theoneste Bagosora and Anatole Nsengiyumva, ICTR 98 41 A, Appeals Chamber*, Decision on Anatole Nsengiymva's Mo tion for Judicial Notice, 29 October 2010, para. 10.

[71] Вид. Одлука п. в. у предмету Орић.

[72] Иако још у претпретресној фази поступка претпретресни судија или веће подстичу странке да се споразумеју о што је могуће већем броју чињеница, у образложењима пресуда МКТЈ и МКТР редовно се наводи: „Претресно веће... исти че да га не обавезује ниједан споразум страна у поступку и да није дужно да доноси експлицитне закључке о чињеницама о којима су се стране споразумеле. Претресно веће напомиње да упућивање на такве чињенице само по себи указује на то да их Претресно веће сматра тачним". *Prosecutor v. Momčilo Perišić, Judgment*, Trial Cham ber, 6 September 2011, пара. 62; *Prosecutor v. Popovic at all, Judgment*, пара. 68.

[73] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 25; Одлука п. в. упредмету Попо вић, пара. 11; Одлука п. в. у предмету Перишић (Загреб), пара. 25.

чињеница не може да буде прихваћена као пресуђена чињеница. Претресно веће у предмету *Толимир,* одбијајући приговор одбране да су неке од предложених чињенца засноване на споразуму странака из другог поступка, изнело је следећу аргументацију: „Тужилаштво је навело референцу барем једне пресуде у којој је релевантно претресно веће засновало свој чињенични закључак првенствено на доказима који су му предочени у релевантном поступку. Иако је у неким случајевима назначено да такви докази поткрепљују неку чињеницу која је била предмет споразума међу странама у поступку, главно упориште нађено је у доказима а не у чињеницама о којима су се стране споразумеле. Сходно томе Претресно веће сматра да је тврдња оптуженог неутемељена“.[74]

Уколико је нека чињеница међу странкама неспорна, то не значи да се неће изводити или да је недопуштено извођење доказа о тој чињеници. Из образложења пресуда је тешко, па и немогуће, установити да ли се чињенични налаз претресног већа заснива споразуму странака или се темељи на изведеним доказима. Наиме, треба разликовати ситуацију у којој неки доказ само поткрепљује споразум странака, од ситуације у којој изведени докази, сами за себе, представљају довољан основ чињеничног закључка. Будући да је предметна чињеница неспорна веће нема потребу да о овоме износи своје становиште.

8) *Предложене чињенице се не смеју односити на дела, понашање и стање свести оптуженог.* Према становишту Жалбеног већа: „Ускраћивањем формалног пријема на знање пресуђених чињеница које се односе на дела, понашање и стање свести оптуженог, представља потпуно искључење којим се „успоставља равнотежа између процесних права оптуженог и интереса експедитивности“, будући да се њиховим формалним пријемом на знање „може на недопустив начин угрозити право оптуженог да саслуша и испита сведике који га терете или да их унакрсно испита“.[75]

Додатни аргумент у прилог неприхватљивости ових чињеница, већа МКТЈ наводе да се оптуженом није судило у ранијем поступку, и да је оптужени из ранијег поступка „имао мање подстицаја да оспорава те чињенице или је заправо могао исказати сагласност са њима у настојању да се кривица пребаци на неког другог“.[76]

Претресна већа напомињу да је овај разлог неприхватљивости ограничен само на понашање и стање свести оптуженог „које

[74] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 26.

[75] Одлука ж. в. у предмету Каремера, пара. 51; Одлука п. в. у предмету То лимир пара. 27: Одлука п. в. у предмету Поповић и остали, пара 12 и тамо наведена јуриспруденција.

[76] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 27; Одлука ж. в. у предмету Каре мера, 51; Одлука п. в. упредмету Поповић и остали, пара. 12.

задовољава физичке и менталне елементе облика одговорности“ који му се ставља на терет.[77] Друге чињенице које се тичу дела, понашања и стања свести оптуженог су прихватљиве. Међутим, претресна већа могу ускратити њихов формални пријем на знање на основу свог дискреционог овлашћења, уколико сматрају да то не би било у интересу правде.

Чињенице које се односе на „дела, понашање или стање свести“ неке друге особе су прихватљиве, иако се оптужницом терети, што је најчешћи случај у пракси МКТЈ, по основу учешћа у удруженом злочиначком подухвату или командне одговорности.[78] Примера ради, Претресно веће у предмету *Perišić* навело је да су чињенице које се односе на дела других особа и на последице његових дела прихватљиве, будући да та лица нису оптужена у текућем предмету, и да као такав „формални пријем на знање предложених чињеница тиче се само злочина које су та лица извршила и за које је оптужени оптужен да је наводно одговоран као претпостављени према члану 7(3) Статута“ те да „у циљу установљавања одговорности оптуженог, тужилаштво и даље носи терет да докаже постојање захтева из члана 7(3) Статута“.[79]

На овај начин се озбиљно угрожава претпоставка невиности, будући да она има за своју логичну последицу да је терет доказивања и терет извођења доказа на тужилаштву. Претпоставком невиности детерминише се, између осталог, предмет доказивања, који се не ограничава на елементе облика одговорности по којима се оптужени терети, већ на све елементе који морају да се установе како би се оптужени сматрао кривично одговорним. Применом већ описаног критетијума, извођење доказа о делима, понашању и стању свести оптуженог (његову намеру и знање за релевантне околности) се ставља у контекст већ утврђених битних обележја кривичног дела за који се оптужени терети. Поред грубе повреде претпоставке невиности, на тај начин се оптужени мотивише да формира концепт одбране тако да он не доводи до установљавања „правог стања ствари“, већ покушаја „пребацивања одговорности“.

9) *Предложена чињеница не сме да буде предмет још нерешеног жалбеног поступка или поступка преиспитивања.* У јуриспруденцији Трибунала, приликом разматрања захтева, примарно питање које се

[77] Одлука ж. в. у предмету Каремера, пара. 52; Одлука п. в. у предмету Толи мир, пара. 27.

[78] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 28; Одлука ж. в. у предмету Каре мера, пара. 52; Одлука п. в. у предмету Поповић, пара. 13. Примера ради, Претресно веће које је поступало у предмету *Толимир*, тврдњу оптуженог да су неприхватљиве „чињенице које се тичу дела и понашања његових наводно подређених није уверљива“ (Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 28).

[79] Одлука п. в. у предмету Перишић, пара. 30.

поставља је да ли је о предложеној чињеници „истински пресуђено“.[80] Међутим, критеријум да предложена чињеница није *предмет* нерешеног жалбеног поступка или поступка преиспитивања, се тумачи тако да жалбени поступак или поступак преиспитивања у датом предмету не мора да буде окончан, већ да предложена чињеница није предмет оспоравања у том поступку.[81] Уколико изворни поступак није окончан, да би се установило да ли је о некој чињеници „пресуђено“ треба размотрити услове текућег жалбеног поступка.[82]

У скорашњој јуриспруденцији, Претресно веће које поступа у предмету *Младић* је резоновало на особен начин: „Одбрана није навела и Веће није установило да је нека од оспораваних предложених чињеница чији је извор пресуда Претресног већа у предмету *Поповић и остали* предмет жалбе. Чињеница да је првостепена пресуда у предмету *Поповић и остали* предмет жалбе, по основама које је одбрана изнела у свом Одговору, не спречава веће да формално прими на знање предложене чињенице које потичу из те пресуде... Међутим, уколико пресуда претресног већа у предмету *Поповић и остали*, или неки њени делови, на крају буду поништени по жалби, одбрана може затражити од Већа да преиспита своју одлуку у вези са било којом од предложених чињеница из те пресуде Претресног већа које Веће формално примило на знање“.[83]

Будући да је циљ формалног пријема на знање убрзање поступка ослобађањем терета извођења доказа о тој чињеници, и сама могућност да Жалбено веће поништи део пресуде претресног већа може утицати на организацију суђења и потребу да се у каснијим фазама поступка изводе докази о чињеници која је формално примљена на знање што не доприноси остваривању начела ефикасности поступка.

[80] Одлука п. в. у предмету Прлић и остали, пара. 9.

[81] Одлука п. в у предмету Крајишник, пара. 15; *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, and Vladimir Šantić*, *Case No. IT 95 16 A*, Decision on the Motions of Drago Josipović, Zoran Kupreškić and Vlatko Kupreškić to Admit Additional Evidence pursuant to Rule 115 and for Judicial Notice to Be Taken pursuant to Rule 94(B), 8 May 2001, пара. 6; Шахабудин, пара. 34.

[82] Вид. Одлука у предмету Прлић и остали, пара. 15 (т. 2 4).

[83] *Prosecutor v. Ratko Mladic, Case No.* IT 09 92 PT, Second Decision on Pros ecution Motion for Adjudicated Facts, 21 March 2012. Након што је Претресно веће одобрило захтев одбране за дозволу да уложи жалбу на интерлокуторну одлуку, 4. јула 2012. Одбрана је уложила жалбу вид. „Defence Interlocuroty Appeal against Trial Chamber Decision on the Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts“. У моменту предаје овог чланка редакцији *Анала Правног факултета у Београду*, Жалбено веће још увек није донело одлуку по овој интерлокуторној жалби.

2.5.2. Дискреционо овлашћење Претресног већа – ускраћивање формалног пријема на знање пресуђене чињенице у интересу правде

Јуриспруденција Трибунала је јединствена у ставу да: „будући да је овлашћење за формално примање на знање на основу правила 94(Б) дискреционо, Веће увијек задржава право да ускрати формално примање на знање било које чињенице о којој је пресуђено, чак и уколико она испуњава све услове прихватљивости, ако утврди да тај формални пријем на знање не би било у интересу правде“.[84]

Иако претресна већа имају дискрецију приликом одлучивања да ли ће пресуђену чињеницу (предложену чињеницу која испуњава услове прихватљивости) формално примити на знање, оно не испитује да ли би било у интересу правде да се таква чињеница формално прими на знање, већ да ли њен формални пријем на знање „не би био у интересу правде“. Другим речима, циљ који је постављен – убрзање судског поступка и хармонизација пресуда – је, ако тумачимо образложења већа, увек у интересу правде, осим уколико се тиме не угрожава право оптуженог на правично суђење. [85]

Приликом разматрања захтева за формални пријем на знање пресуђених чињеница редовно се заобилази питање доказа које тужилаштво намерава да изводи у току суђења или да се они уврсте у спис посредством правила 92бис (без омогућавања одбрани да унакрсно испита сведока) или на други начин.

Будући да је овлашћење дискреционе природе и да његово вршење зависи од околности сваког конкретног случаја, не може се навести исцрпан каталог разлога. На овом месту навешћемо само оне за које сматрамо да су кључни.

У предмету *Поповић и остали* Претресно веће је одбило да формално прими на знање неколико пресуђених чињеница из једне пресуде Претресног већа због тога што је „чињенични налаз о истом предмету у пресуди другог већа фундаментално неконзистентан с предложеном чињеницом, иако та чињеница у свим другим погледима је подесна да буде формално примљена на знање“. Претресно веће је стало на становиште да су овакве недоследности „фундаменталне када се дати чињенични налаз... не може разумно сматрати истинитим“.[86]

---

[84] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 66; Одлука ж. в. у предмету Ка ремера и остали, пара. 41; Одлука Претресног већа у предмету Крајишник (2005), пара.12; Одлука ж. в. у предмету С. Милошевић, 3 4; Одлука п. в. у предмету Перишић (Загреб), пара 33.

[85] Одлука претресног већа у предмету Толимир, пара. 32; Вид. и чл. 20 и 21 Статута СКС.

[86] Одлука п. в. у предмету Поповић и остали, пара. 17. У конкретном случају било је речи о недоследностима о броју жртава.

Као један од разлога одбијања формалног пријема на знање извесних пресуђених чињеница износи тај да се датом пресуђеном чињеницом „доказује“ суштина предмета. Међутим, чини се да пракса МКТЈ и МКТР по овом питању није јединствена,[87] и спорно је шта се сматра под „суштином предмета“.

Претресно веће у предмету *Толимир* је истакло: „Формално примање на знање може да унапреди економичност судског поступка у смислу да се релевантни поступак сажима на оно кључно за извођење доказа сваке од страна у поступку, при чему се допунске оптужбе које су већ доказане у ранијим поступцима поново не саслушавају. Међутим, будући да се формалним пријемом на знање неке пресуђене чињенице успоставља претпоставка њене тачности она може да буде побијана на суђењу од стране која је није предложила. Претресно веће је свесно могућности да очекивана настојања оптуженог да је побије могу претерано ићи на уштрб времена и ресурса и на тај начин осујетити начело економичности судског поступка. Оптужени је изразио намеру да оспори многе од чињеница предложених од страна тужилаштва. Поред, тога Претресно веће је такође имало у виду да ли количина или врста доказа за које би се могло очекивати да ће их оптужени предочити у поступку побијања могу њега у тако знатној мери оптеретити да би то угрозило његово право на правично суђење. То је нарочито случај са предложеним чињеницама којима се доказује суштина предмета“.[88]

Претресна већа ће, по правилу, одбити да формално приме на знање чињенице које се тичу суштине предмета, због тога што се, примера ради, „та чињеница односи на неки конкретан навод против оптуженог“ или се тиче „циља удруженог злочиначког подухвата којим тужилаштво терети оптуженог“, или се тиче дела и понашања особе за чије се кажњиво понашање терети оптужени.[89] Међутим, иако се ови критеријуми наводе, поставља се питање у којој мери их се претресна већа придржавају приликом формалног пријема на знање конкрених чињеничних закључака. Само схватање суштине предмета није изражено у одлукама о формалном пријему на знање пресуђених чињеница,[90] док се фор-

[87] Вид. E. O’Sullivan, S. Montgomery, 523.

[88] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 32.

[89] *Ibid.*, пара. 33.

[90] Упор. пресуђене чињенице из предмета *Толимир* и *Поповић и остали*, са оптужницама против Толимира и Поповића и осталих. Извесно је да ће претресна већа формално примити на знање пресуђене чињенице које не оспорава странка којој не иду у прилог. У предмету *Перишић* веће је констатовало да одбрана није истакла приговор ни против једне пресуђене чињенице, и стога питање да ли треба ускрати ти формални пријем на знање пресуђених чињеница које се тичу дела и понашања наводно подређених није ни разматрано. (Одлука п. в. у предмету Перишић, пара. 33).

мално примају на знање чињенице које чине елемент суштине предмета.[91]

У фази поступка у којој се одлучује о захтеву тужилаштва за формални пријем на знање није могуће претпоставити са било каквим озбиљним степеном поузданости количину или врсту доказа који би се евентуално могли извести ради побијања пресуђених чињеница. Веће које доноси одлуку о формалном пријему на знање нема увид у истраге које воде стране у поступку, за њега је немогуће да претпостави које доказе и коју количину доказа може извести странка у настојању да побије претпоставку тачности пресуђене чињенице.

2.6. Дејство формалног пријема на знање пресуђених чињеница, претпоставка невиности и право на правично суђење

Формалним пријемом на знање пресуђена чињеница се уводи у спис предмета.[92] Међутим, за разлику од формалног пријема на знање општепознатих чињеница које се током суђења не могу оспоравати, Жалбено веће у предмету *С. Милошевић* је истакло: „Формалним пријемом на знање неке пресуђене чињенице, веће утврђује основану претпоставку о тачности те чињенице, коју стога не треба поново доказивати суђењу, али која се, као предмет те претпоставке, може побијати на суђењу".[93]

Жалбено веће у предмету *Karemera* је цитирано становиште појаснило истакавши: „У случају формалног пријема на знање на основу правила 94 (Б), његов учинак се огледа само у томе што ослобађа тужилаштво иницијалног терета извођења доказа у вези са датим питањем; одбрана га у том случају може довести у питање предлажући поуздане и веродостојне доказе о супротном".[94]

Већа МКТЈ и МКТР, због могућности побијања, пресуђене чињенице квалификују их као „оборива доказе" (*rebuttable evidence*).[95] Претресно веће у предмету *Толимир*, ослањајући се на јединствену јуриспруденицју МКТЈ и МКТР је закључило: „Као и сви други оборива докази, пресуђене чињенице које су формално примљене на

[91] Упор. Пресуду Претресног већа у предмету Поповић и остали и Одлуку п. в. у предмету Поповић и остали.

[92] Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 10; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT 00 39 T,* Decision on Third and Fourth Prosecution Motions for Judicial No tice of Adjudicated Facts, 25 March 2005, 10.

[93] Одлука ж. в. у предмету С. Милошевић, 4.

[94] Одлука ж. в. у предмету Каремера и остали, пара. 42.

[95] *The Prosecutor v. Vujadin Popović at all,* IT 05 88 T, Trial Chamber, Judgment, (Public Redacted), 10 June 2010 (Пресуда п. в. у предмету Поповић и остали), пара.71; Одлука п. в. у предмету Толимир, пара. 10; Одлука ж. в. у предмету Каремера, пара. 49.

знање подлежу оспоравању од стране у поступку која их није предложила. Поред тога у будућим релевантним разматрањима, а посебно оним која се тичу коначне пресуде, задржава обавезу да оцени тежину тих чињеница узимајући у обзир доказе у... предмету у целости“[96].

Овако дефинисано дејство формалног пријема на знање пресуђених чињеница је предмет многих контроверзи, од којих сматрамо најзначајније следеће.

1) У јуриспруденцији МКТЈ формалним пријемом на знање пресуђене чињенице ствара се „основана претпоставка тачности“ која се даље квалификује као „оборив доказ“. Међутим, претпоставке нису докази и не могу се побијати као докази, будући да и нису засноване на доказима који су изведени у текућем суђењу. Уопште, претпоставка се може оспоравати на два начина. Прво, извођењем противдоказа који су усмерени на обарање основа претпоставке, што је у овом случају немогуће будући да је основ претпоставке тај да је дату чињеницу утврдило друго веће, о чему суд одлучује самим формалним пријемом на знање. Друго, извођењем доказа о противном, односно доказа који су усмерени на обарање тачности (истинитости) онога што је пресумирано. Уколико се не изведу докази који код већа стварају уверење да је пресумирана чињеница нетачна, приликом доношења пресуде веће је дужно да пресумирану чињеницу сматра утврђеном, и да се на њу ослони приликом доношења коначне пресуде.

У пресуди Претресног већа донесеној у предмету *Поповић и остали,* као и у одлукама о формалном пријему на знање пресуђених чињеница наводи се да веће током коначне расправе треба да: „оцени тежину релевантних чињеница, узимајући у обзир целокупан спис предмета и, посебно, било које доказе које је поднела страна у настојању да оспори пресуђену чињеницу“.[97]

Овим и сличним разматрањима не открива се у довољној мери када ће претресно веће пресуђену чињеницу сматрати оспореном. Оцена тежине (*weigh*) одређене чињенице је сасвим друго питање. Која ће тежина бити придата некој утврђеној чињеници је различито питање од питања шта је потребно учинити да би претпоставка тачности била оспорена.

Како је истакло Жалбено веће, пресуђене чињенице се могу оспоравати „поузданим и веродостојним доказима“.[98] Међутим,

[96] Одлука п. в. у предмету Толимир; Одлука ж. в. у предмету Каремера, пара. 49.

[97] Пресуда п. в. у предмету Поповић и остали, пара. 71.

[98] Одлука ж. в. у предмету Кармера и остали, пара. 42.

сваки чињенични закључак се мора заснивати на „поузданим и веродостојним“ доказима,[99] и тиме није решено питање стандарда доказивања.

Будући да је стандард за установљавање чињеница од значаја за доношење одлуке о кривици оптуженог „ван разумне сумње*“,* чини се да би било исправно решење да страна која побија чињеницу треба да створи разумну сумњу у тачност чињеничне претпоставке. С друге стране, логика пресумпција, уколико се узме да је она замена за уверљив доказ (*conclusive proof*) односно чињеницу установљену „ван разумне сумње“, као и да је један од декларисаних циљева хармонизација пресуда, сугерише да се претпоставка тачности пресуђене чињенице може побити само уколико изведени докази чине вероватнијом тезу стране која побија пресумпцију, односно да је стандард који треба задовољити стандард претежног доказа (*balance of probabilities*). У одсуству изричитог става претресних или жалбених већа не можемо са сигурношћу установити који се стандард доказивања примењује.

Проблеми везани за оспоравање претпоставке тачности чињенице која је формално примљена на знање су готово непремостиви. Материјал на основу ког је претресно веће утврдило неку чињеницу која је формално примљена на знање није материјал који се уврштава у спис заједно са формалним пријемом на знање те чињенице. У случају када треба да одлучи да ли је дотична претпоставка побијена, веће пред собом има само доказе који су изведени у текућем предмету и претпоставку тачности пресуђене чињенице. Како је указао судија Хунт (*Hunt*) супротстављајући своје становиште одлуци Жалбеног већа: „Да би донео ваљану одлуку претресно веће би пред собом морало да има доказе на којима се заснива дотични налаз како би одредио како на њих утичу докази којима се ти налази побијају – на исти начин како поступа Жалбено веће приликом оцене утицаја додатних доказа (изведених у жалбеном поступку ...) на чињеничне налазе Претресног већа“.[100]

Међутим, у ситуацији када би веће које поступа сходно правилу 94(Б) имало пред собом материјал на који се ослонило друго веће приликом доношења чињеничног закључка формални пријем на знање пресуђених чињеница био би нелогичан и сувишан.

2) Највећа забринутост у вези са формалним пријемом на знање пресуђених чињеница тиче се угрожавања/повреде пресумпције не-

---

[99] Чињеница да је формирана претпоставка тачности пресуђене чињенице не утиче на питање допуштености доказа који се изводе ради побијања те претпостав ке.

[100] Одлука ж. в. у предмету С. Милошевић, *Dissenting opinion of Judge David Hunt* (Супротно мишљење судије Хунта), пара. 9.

виности. Судија Хунт је у свом издвојеном мишљењу истакао: „Није примерено уводити оспориве чињеничне претпоставке у прилог оптужбе којима се доказује њена властита теза... Када се пресуђена чињеница окарактерише као оспорива претпоставка то нужно ставља на оптуженог одређени терет доказивања (тачније *onus probandi*) што је у супротвности са пресумпцијом невиности која је предвиђена Статутом“.[101]

Становишта претресних већа и Жалбеног већа МКТЈ и МКТР су да се формалним пријемом на знање пресуђених чињеница не угрожава претпоставка невиности будући да се на оптуженог не пребацује никав терет доказивања (терет уверавања) који и даље остаје на тужилаштву, већ само терет извођења доказа,[102] и да се формално не могу примити на знање оне чињенице које се тичу дела, понашања и *mens rea* оптуженог.[103]

Уистину, терет доказивања се увек везује за одређену чињеницу, и странка којој та чињеница иде у прилог је носилац терета доказивања, у смислу ризика губитка ефекта који произлази из релевантне правне норме, односно ако је реч о посредном доказу, немогућности установљавања чињенице. Стога се никада не пребацује нити се може пребацити терет доказивања тачно одређене чињенице. Оптуженом се намеће, како је истакло Претресно веће у предмету *Крајишник,* „терет доказивања ради дисквалификације дате чињенице“.[104]

Становиште Жалбеног већа да се формалним пријемом на знање формира „само претпоставка“ и да се на оптуженог пребацује „терет извођења доказа“, није уверљив разлог у прилог тезе да се тиме не крши претпоставка невиности. Наиме, терет доказивања се остварује управо реализацијом терета извођења доказа. Претпоставка невиности као своју логичну последицу има не само да је коначан терет уверавања на тужилаштву, већ и да не мора доказивати своју невиност, односно да не може да буде изложен терету извођења доказа ради побијања претпоставки које, уколико не буду оповргнуте, чине елемент кривичног дела или основа одговорности. Претпоставка невиности, како смо већ изнели, обухвата не само елементе истакнутог основа одговорности већ све чињенице на којима се може заснивати осуђујућа пресуда. Будући да су пресуђене чињенице, по

[101] *Ibid*., пара. 6 7.

[102] *The Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Decision on Prosecution's Motion for Judi cial Notice of Facts relevant to the Srebrenica Crime Base*,* 22 September 2008; Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice of Facts relevant to the Srebrenica Crime Base, 22 September 2008 [Одлука у предмету Перишић (Сребреница)].

[103] Вид., на пример, Одлука п. в. у предмету Перишић (Загреб), пара. 30.

[104] Одлука п. в. у предмету Крајишник, пара. 16.

дефиницији, релевантне и да се могу тицати (и редовно се тичу) елемената који су неопходни ради утврђивања кривичне одговорности оптуженог, претпоставка тачности тих чињеница се супротставља основном постулату кривичног поступка да је терет доказивања (уверавања) на тужилаштву.

3) Претпоставка невиности је уско везана са неким од основних права оптуженог која су обухваћена правом на правично суђење, а која се темеље на претпоставци невиности.

Формалним пријемом на знање пресуђене чињенице оптужени се онемогућава да коментарише доказе и аргументацију која је у претходном поступку послужила као основ за чињенични налаз који је прихваћен као пресуђена чињеница.[105] Ситуација је још сложенија уколико су у току поступка изведени и докази који су идентични с доказима на које је претходно веће засновало свој чињенични налаз, што није реткост у поступцима пред МКТЈ. Будући да докази из претходног поступка нису део предмета списа, а могу бити идентични као и докази из текућег предмета, и ако се на њима заснива пресуђена чињеница, сама претпоставка њене исправности је снажан фактор у прилог потврђивања пресуђене чињенице. Поред тога, у каснијим предметима се потенцијално изводи знатно више доказа него у претходним предметима из којих се извлаче пресуђене чињенице.[106] На овај начин, противно начелу економије поступка и уз грубо кршење права на правично суђење, постиже се ефекат хармонизације пресуда по питањима која могу бити веома спорна.

Овај „дефект“ је последица непостојања правила о забрани извођења доказа о чињеници која је формално примљена на знање, и одсуства услова да се могу примити на знање само оне чињенице које нису предмет разумног спора.[107]

4) Сходно чл. 21(4)(д) Статута МКТЈ, као минимално право оптуженог је право „да му се суди у његовом присуству“, и сврха овог права је „да омогући оптуженом да буде присутан током извођења доказа против њега, на његовом суђењу, у циљу активног и ефикасног конфронтирања и осправања, другим речима да се брани“.[108]

Претресно веће у предмету *Перишић*, следећи јединствену консолидовану јуриспруденцију, изнело је као аргумент да је порекло

[105] Вид. претходно 2.3.

[106] Упор. списе предмета *Тужилац против Крстића* и *Тужилац против Благојевића и Јокића*, са списима предмета *Тужилац против Поповића* и осталих и *Тужилац против Толимира*.

[107] „Чињеница која је формално примљена на знање... не сме бити предмет разумног спора. Сваки другачији став представља одсупање од тог основног концеп та формалног пријема на знање“ (Супротно мишљење судије Хунта, пара. 9).

[108] Одлука п. в. у предмету Перишић (Загреб), пара. 23.

доказа који се усвајају на основу правила 94(Б),[109] „по дефиницији" ван текућег суђења, односно из поступака у којима оптужени није био присутан, и да оптужени има могућност да „активно оспорава све доказе који се против њега износе" на начине који му стоје на располагању сходно Правилнику, и из тога изводе закључак да је „аргумент одбане да је повређено право оптуженог да буде присутан беспредметно".[110]

Овакво обзазложење одступа од суштине проблема. Сама чињеница да се формални пријем на знање пресуђене чињенице не заснива на доказима, већ на томе што је тај чињенични налаз усвојило неко друго веће, није околност која може да се супротстави праву оптуженог да износи аргументацију и оспорава доказе који се изводе ради доказивања чињеница.

5) Иза концепције формалног пријема на знање пресуђених чињеница стоје и друга разматрања која немају своје правно утемељење. У предмету *Толимир*, разлог због ког је Претресно веће одбило да допусти улагање жалбе[111] на одлуку о пресуђеним чињеницама образложен је на следећи начин: „Један од разлога одбијања захтева одбране да подносе жалбу на одлуку од 17. децембра 2009. године је, како је истакнуто у одлуци већа од 23. фебруара 2010. године: „имајући у виду да, како би се организовала потпуно ефикасна одбрана није на оптуженом да побије сваку појединачну чињеницу презентирану током тужиочевог извођења доказа".[112]

Истом одлуком веће је закључило да пресуђене чињенице „не смеју упућивати на дела, понашање и стање свести опуженог и тамо где се неком предложеном чињеницом доказује суштина предмета не би било у интересу правде да је формално прими на знање" и даље наводи да стога одлука о формалном пријему на знање пресуђених чињеница „не укључује питање које би значајно могло да утиче на исход суђења".[113]

Овај став Претресног већа је више него проблематичан из најмање следећих разлога. Прво, није јасно на шта се ограничава схватање већа о „суштини предмета", будући да је Претресно веће прихватило као пресуђене чињенице које су од кључног значаја за тезу тужилаштва, између осталог за установљавање да ли извршено

[109] Као и други докази који се усвајају у спис без пружања могућности опту женом да сведоке унакрсно испита, према правилу 92бис. *Ibid.*

[110] Одлука п. в. у предмету Перишић, пара. 23.

[111] Вид. Правило 73(Б) Правилника МКТЈ.

[112] *Prosecutor v. Zdravko Tolimir, Case No. IT 05 88/2 T,* Decision for Certifica tion of Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 23 Feb ruary 2010.

[113] Одлука п. в. у предмету Перишић, пара. 23.

кривично дело која му се стављају на терет и за одмеравање казне која по природи ствари зависи, укључујући ту између осталог од тежине последица извршеног кривичног дела (примера ради, формално је примљена на знање већи број чињеница која се тичу тога са да су „масовна погубљења на подручју општина Сребреница, Братунац и Зворник била пажљиво испланирана", као и о последицама тих злочина по становништво Сребренице)[114]. Поред тога, формално се могу примити на знање само релевантне чињенице, дакле оне које су од значаја за разматрање питања кривичне одговорности оптуженог. Свака од тих чињеница се може сматрати чињеницом која је обухваћена суштином предмета. Уколико нека од чињеница излази из оквира суштине предмета, уколико је маргинално релевантна, онда се поставља питање да ли уопште заврeђује да буде разматрана или формално примљена на знање.

Став већа да није на оптуженом да побија све чињенице о којима тужилаштво износи тврдњу у току поступка како би се организовала ефикасна одбрана, сматрамо крајње непримереним. Реч је о исказу који се тиче адвокатске вештине и развоја стратегије одбране, а не исказу који је заснован на интересима правде или има своје правно утемељење. Свакако, није реч о околности која је од значаја за улогу суда приликом утврђивања чињеница. Овакав приступ није у интересу правде и неодољиво подсећа на опаску коју је Тејер (*Thayer*) истакао још 1890. године разматрајући питање формалног пријема на знање: „Познати инструмент правосуђа, доктрина преклузине (*estoppel*) често чини да је стварна истина о чињеницама небитна у конкретном предмету, и у свим случајевима главно питање за судију је, не шта је актуелна истина, већ шта је правоваљано и праведно за њега да узме да је истина за сврху посебног случаја који је пред њим".[115]

3. СТАЛНИ КРИВИЧНИ СУД ДА ЛИ ПОСТОЈИ МОГУЋНОСТ УВОЂЕЊА ИНСТИТУТА ПРЕСУЂЕНИХ ЧИЊЕНИЦА

Статут и Правилник о поступку и доказима Међународног кривичног суда, који је једини стални међународни суд чија је надлежност широко прихваћена и чији је конститутивни инструмент мултилатерални међународни уговор, не познаје формални пријем на знање пресуђених чињеница. У досадашњим поступцима, након де-

---

114 Одлука п. в. у предмету Толимир, Вид. пресуђене чињенице бр. 195, 199, 586 594.

115 James B. Thayer, „Judicial Notice and the Law of Evidence", *Harvard Law Review* 3/*1890,* 285 286.

сет година рада, није се ни поставило питање могућности формалног пријема на знање пресуђених чињеница, док се у доктрини оно веома ретко разматра. Поједини аутори су становишта да је „нејасно да ли ће и у којој мери пракса *ad hoc* Трибунала о пресуђеним чињеницама утицати на поступке пред МКС, будући да конститутивни инструмент МКС не садржи изричиту одредбу о овом облику формалног пријема на знање“,[116] док други износе да је Статутом предвиђен само формални пријем на знање општепознатих чињеница, и да стога не постоји правило на основу ког би МКС могао да формално прими на знање пресуђене чињенице.[117]

Основно питање је да ли је уопште могуће формирање концепта формалног пријема на знање пресуђених чињеница, с обзиром на одредбу чл. 67, ст. 1, тач. 1 Статута МКС, којим је изричито прописано да је једно од минималних права оптужених „право да му се не намеће никаква промена терета доказивања или било какав терет побијања“, и да је чл. 69, ст. 6 Статута предвиђен искључиво формални пријем на знање општепознатих чињеница.[118]

Будући да се формалним пријемом на знање пресуђене чињенице (како се тумачи у праски МКТЈ и МКТР) намеће оптуженом терет побијања исправности пресуђене чињенице, није вероватно да ће овај институт уопште моћи да нађе своје место праву и пракси МКС.

4. ФОРМАЛНИ ПРИЈЕМ НА ЗНАЊЕ ПРЕСУЂЕНИХ ЧИЊЕНИЦА У ПРАВУ ПОСЕБНОГ ТРИБУНАЛА ЗА ЛИБАН

Правилник о поступку и доказима ПТЛ (Правилник ПТЛ), у својој првој верзији није садржао одредбу о формалном пријему на знање пресуђених чињеница. Она је усвојена приликом трећег амандирања Правилника (2009. године) додавањем правила 160 (Б),[119] који гласи:

---

[116] Gideon Boas, James L. Bischoff, Natalie L. Reid, B. Don Taylor III, *Interna tional Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure,* Cambridge University Press, Cambridge New York 2011, 363.

[117] G J. A. Knops, 221.

[118] Током израде нацрта Статута изражена је сумња да ли је ова одредба стро го неопходна. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of and Interna tional Criminal Court*, 15 June 17 July 1998, A/Conf.183/2/Add.1, 110 fn. 16.

[119] STL, Rules of Procedure and Evidence. Правилник ПТЛ је усвојен 20. марта 2009 године, и више пута је амандиран (20. марта 2009, 5. јуна 2009, 30. октобра 2009, 10. новембра 2010. и 8. фебруара 2012) За потребе овог чланка коришћена је актуелна верзија Правилника (STL/BD/2009/Rev. 4).

> „На захтев стране или *proprio motu,* Претресно веће, након што саслуша стране, може одлучити, у интересу правичног и експедитивног суђења, да формално прими на знање пресуђене чињенице из других поступака пред Трибуналом или поступака из међународне или националне јурисдикције које се односе на питања која се постављају у текућем поступку у мери у којој се не односе на дела и понашање оптуженог коме се суди“.[120]

У моменту окончања рада на овом чланку, ПСЛ није имао прилике да се бави питањем формалног пријема на знање пресуђених чињеница.[121] Чл. 28 Статута ПТЛ је предвиђено, да ће судије усвојити Правилник о поступку и доказима, и да се при томе руководе Либанским кривичним закоником и другим „референтним материјалима у којима су рефлектовани највиши стандарди међународног кривичног поступка, како би се обезбедило правично и експедитивно суђење“. Према Меморандуму председника Трибунала, израз „други референтни материјали“ односи се на правилнике других међународних кривичних трибунала, као што су МКС, МКТЈ и МТР и мешовитих трибунала и напомиње да ће судије „пажљиво размотрити процесну праксу других судова и трибунала и лекција научених из њиховог искуства приликом спровођења међународних кривичних поступака“.[122]

Одредба правила 160(Б) Правилника ПТЛ је очигледно формулисана с обзиром на искуства МКТЈ и МКТР. Међутим, у односу на правила која су се развила у пракси МКТЈ и МКТР, њоме се проширује појам пресуђених чињеница и омогућава се већу не само да формално прими на знање чињенице које утврде друга већа ПТЛ-а, већ и било који други национални или међународни суд.

[120] У оригиналу на енглеском језику: „At the request of a Party or *proprio motu*, the Trial Chamber, after hearing the Parties, may decide, in the interests of a fair and expeditious trial, to take judicial notice of adjudicated facts from other proceedings of the Tribunal or from proceedings of national and international jurisdictions relating to matters at issue in the current proceedings, to the extent that they do not relate to acts and conduct of the accused that is being tried“.

[121] У меморандуму председника ПТЛ а (судије Антонија Касезеа), међутим, нема напомена о одредби правила 160 (Б). У делу Меморандума који говори о писменим доказима, председник Трибунала указује „Опште говорећи, професионалним судијама треба веровати приликом њихове оцене доказа, од њих се очекује да буду компетентни, искусни и стога у могућности да придају доказима снагу какву завређују, од случаја до случаја“. *STL, Rules of Procedure and Evidence as of 10 November 2009 Explanatory Memorandum by the Tribunal's President*, 10 November 2009, пара. 33.

[122] *Ibid*, пара. 1; Rules of Procedure and Evidence as of 12 April 2012 *Explanatory Memorandum by the Tribunal's President of the Tribunal* (нацрт овог меморандума саставио је покојни судија Касезе, док је измене које су довеле до коначног текста унео председник Барагвант (*Baragwanath*).

Будући да се ПТЛ може руководити праксом других међународних кривичних трибунала, међу којима и праксом МКТР, МКТЈ али и МКС, остаје спорно да ли се као услов формалног пријема на знање поставља и да чињеница није предмет разумног спора. Чини се да природа института формалног пријема на знање налаже примену овог услова. Наиме Статутом МКС-а као стандард, или као минимално право оптуженог, изричито је прописано, да се оптуженом не може наметати никакава промена терет доказивања нити терет побијања. Будући да чл. 28 Статута ПТЛ-а обавезује судије да „примене највише стандарде међународног кривичног поступка" сматрамо да би једино примерено решење било да се могу формално примити на знање само оне пресуђене чињенице које нису предмет разумног спора.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Појам „пресуђених чињеница" је ушао у каталог појмова међународног кривичног правосуђа и вероватно је да ће у њему и опстати, с мањим или већим модификацијама, пред постојећим, а вероватно и неким будућим *ad hoc* међународним кривичним трибуналима.

Иако не постоји строга дефиниција категорије или класе чињеница које се могу формално примити на знање,[123] у суштини формалног пријема на знање чињеница релевантних за доношење пресуде је да те чињенице не смеју да буду предмет разумног спора.[124] Формални пријем на знање неке чињенице, по правилу ствара доказну забрану у погледу извођења доказа којима се та чињеница било поткрепљује или побија.

Кључни проблем с концепцијом пресуђених чињеница, како је развијена у јуриспруденцији МКТЈ и МКТР, је што се формално може примити на знање нека чињеница без обзира на то да ли је предмет разумног спора, што за собом повлачи и потребу да се страни која тврди да је чињеница спорна да изводи доказе о противном, и што доводи до угрожавања/повреде презумпције невиности оптуженог, уколико је та чињеница од значаја за утврђивање неког од елемената кривичног дела или основа одговорности по коме се терети оптужени. Како је истакао судија Шахабудин, а што је и јединствен став јуриспруденције МКТЈ и МКТР: „Постојао би основ за приговор да се презумпција невиности... угожава тиме што не постоји право на

[123] Eugene O'Sullivan, „Judicial Notice", *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk McDonald, (eds. Richard May at all),* Kluwer Law Interna tional, The Hague 2001, 331.

[124] Вид. *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004^{8}, 863 864.

побијање. Правилник треба тумачити у контексту одредби Статута. Сога постоји веома јак разлог да се тачност чињенице о којој је пресуђено, а која се формално прима на знање на основу правила 94(Б), не сме сматрати дефинитивно обавезујућом за оптуженог".[125]

Међутим, на овај начин се не разрешава питање очувања претпоставке невиности, која, по природи ствари, обухвата све елементе кривичне одговорности, будући да је терет доказивања и извођење доказа којима се код већа ствара уверење да је сваки од елемента доказан ван разумне сумње увек на тужилаштву. Претпоставка невиности има за своју логичну последицу право оптуженог да не буде изложен никаквом терету доказивања или терету побијања, односно да друга претпоставка, била она оспорива или неоспорива, не може се „балансирати", са претпоставком невиности. Римски статут МКС на недвосмислен начин отклања могућност примене концепције пресуђених чињеница какву познају МКТЈ и МКТР, изричитом одредбом да се на оптуженог не може пребацивати никакав терет доказивањ нити му се може наметати терет побијања. Ово право оптуженог није новум Римског статута, већ логична последица претпоставке невиности. Стога је тврдња да зато што постоји право побијања није повређена претпоставка невисности правно неутемељена.

Уколико нека чињеница није предмет разумног спора она не може да буде предмет побијања. Побијање или поткрепљивање такве чињенице доказима не само да би представљало непотребно губљење времена, већ будући да се таква чињеница не заснива на доказима, она се извођењем доказа не може оспоравати.[126] Међутим, то не значи нужно да странке не могу истицати захтеве којима се дејство формалног пријема на знање, које се састоји у дефинитивном утврђивању предметне чињенице, не може доводити у питање. Инхерентно је овлашћење Већа да преиспитује своје раније одлуке и да поништи одлуку којом је формално примио на знање пресуђену чињеницу. У том случају нема потребе да се у расправу о дејству формалном пријему на знање ма које чињенице уводи веома спорна категорија претпоставке тачности пресуђене чињенице или могућности побијања пресуђене чињенице.

У Приручнику о одбрани у предметима међународног кривичног права – Пракса удружења бранилаца који поступају пред МКТЈ-ом,[127] изнето је да: „Упркос прихватању пресуђених чињеница према правилу 94(Б), које су предмет супротстављених интереса, укључујући и право оптуженог на правично суђење... преглед основ-

[125] Издвојено мишљење судије Шахабудина, пара. 15.

[126] *Ibid*., пара. 25.

[127] Публикција је припремљена у оквиру пројекта Правда и ратни злочини, UNCRI, ADC ICTY, ODIHR OSCE, UNCIRI 2011.

них принципа и аргумената наведених у судској праски поставља озбиљна питања да ли су права оптуженог у потпуности и адекватно заштићена“.[128]

Отуд се чини да је концепција формалног пријема на знање пресуђених чињеница, иако може да доведе до скраћивања времена потребног ради извођења доказа, онако како је примењена у јуриспурденицији МКТЈ и МКТР, непримерена за поступак који тежи да оствари највише стандарде права на правично суђење. Није у интересу правичног суђења да се оптуженом намеће било какав терет оспоравања чињеница које се формално примају на знање зато што су утврђене у неком ранијем поступку пред судом. Уколико би се институт формалног пријема на знање пресуђених чињеница прихватио, он би требало да буде строго ограничен само на оне чињенице које нису предмет разумног спора, уз забрану да се о њима изводе докази, било ради поткрепљивања или оспоравања.

Dr. Aleksandar V. Gajić

Assistant Lecturer
University of Belgrade, Faculty of Law

JUDICIAL NOTICE OF ADJUDICATED FACTS IN THE INTERNATIONAL ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE

Summary

Subject of this paper is critical analysis of the concept of judicial notice of adjudicated facts in the law and practice of the contemporary international criminal courts and tribunals, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), Special Tribunal for Lebanon (STL) and International Criminal Court (ICC). The author is of the opinion that the concept of judicial notice of adjudicated facts, as developed in the jurisprudence of the ICTY and ICTR, is inappropriate for international criminal proceedings tending to achieve the highest standards of fair trial and full protection of the rights of the accused. Since the adoption of the Rome Statute of the ICC it should be undisputable that the accused has, as one of the minimal guarantees, a right “not to have imposed on him or her any reversal of the burden of proof or any onus of rebuttal“. The author concludes that,

[128] *Ibid.*, 94.

apart from ICTY and ICTR, there is a possibility of the application of the concept of judicial notice of adjudicated facts before contemporary or some future ad hoc international criminal courts and tribunals (the STL is an example). However, correct and proper application of the doctrine of judicial notice would require that the subject of judicial notice should be only facts (or factual findings) that are not subject of reasonable dispute, and that they should not be a subject of rebuttal.

Key words: *Judicial Notice. – Adjudicated facts. – International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. – International Criminal Court. – Special Tribunal for Lebanon.*

УДК 341.43(497.11)

Др Бојана Чучковић*

КОНЦЕПТ СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ УСАГЛАШЕНОСТ ДОМАЋЕГ ПРАВА И ПРАКСЕ СА МЕЂУНАРОДНИМ СТАНДАРДИМА

Неправилна примена концепта сигурне треће земље од стране надлеж них органа идентификована је као озбиљан недостатак система заштите тражилаца азила у Републици Србији. Концепт представља најчешће коришћен основ за одбацивање захтева за азил без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признавање азила. Последица овакве праксе се, између осталог, огледа у изненађујућем податку да током четири године, колико се примењује Закон о азилу од 2007. године, нити једном лицу није признато право на уточиште у Републици Србији. Концепт сигурне треће земље је у раду ана лизиран са становишта важећег српског законодавства, недавне праксе Управ ног суда као и конкретних капацитета Републике Србије да тражиоцима ази ла пружи адекватну заштиту. Анализа указује на закључак да законодавна и судска пракса Републике Србије нису усклађене са релевантним стандардима међународног права и права Европске уније у области азила. Примедба је од по себног значаја уколико се у обзир узме чињеница да је Република Србија добила статус кандидата за чланство у Европској унији, те да ће поглавље број 24 acquis а, у које спада и азил, сасвим сигурно бити међу првим али и најтежим приликом вођења преговора.

Кључне речи: *Концепт сигурне треће земље. Азил. Забрана протеривања. Листа сигурних трећих земаља.*

1. УВОД

Током четири године, колико је у примени Закон о азилу Републике Србије од 2007. године, ниједној особи која је поднела захтев за добијање азила није признато право на уточиште на територији

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *cuckovic@ius.bg.ac.rs.*

Србије.[1] Упркос томе, Србија се сматра сигурном трећом земљом, чак и од стране држава чланица Европске уније.[2] То је навело Високи комесаријат за избеглице (*United Nations High Commissioner for Refugees* (*UNHCR*)) Мађарске да у августу 2012. године објави извештај чији је закључак да „Србију не треба сматрати сигурном трећом земљом" те да „с тим у вези Комесаријат позива државе да не враћају тражиоце азила у Србију по овом основу".[3] Уз ограду да највећи број тражилаца азила припада категорији економских миграната, податак о броју признатих захтева за азил у Републици Србији један је у низу разлога услед којих би се могла преиспитати квалификација Србије као сигурне треће земље.

Рад анализира како законодавни оквир тако и праксу судских органа Републике Србије, у погледу једног сегмента њеног правног система у области азила – примене концепта сигурне треће земље. Ради се о концепту који се најчешће користи као основ за одбацивање захтева за азил. Иако не постоје јединствени стандарди у погледу тога која земља би се за тражиоца азила могла сматрати сигурном, суштина концепта се своди на то да се лице враћа у земљу у којој је постојала могућност да добије међународну заштиту. Анализа ће у највећој мери бити усмерена на ниво усклађености са одговарајућим стандардима који су у погледу концепта сигурне треће земље у употреби у међународном праву и праву Европске уније.

С обзиром на неизвесност исхода преговора за пријем у чланство као и очекивано дуго трајање самих преговора, концепт сигурне треће земље биће сагледан у два дела. У првом делу биће анализирана актуелна пракса надлежних органа у Републици Србији у погледу примене концепта сигурне треће земље, тачније њена усклађеност са међународним обавезама Републике Србије, дакле независно од исхода преговора за пријем у чланство у Европску унију. Други део анализе ће бити посвећен изменама које би у важеће законодавство Републике Србије требало унети како би се прописи и пракса у при-

[1] Закон о азилу Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр.109/07. Иако је Закон усвојен у новембру 2007. године, примењује се од 1. априла 2008. године.

[2] Примера ради, Мађарска сматра Србију сигурном трећом земљом. Мађарска је у децембру 2010. године унела измене у свој Закон о азилу како би у своје зако нодавство увела концепт сигурне треће земље као један од критеријума које би тре бало испитати током процедуре за испитивање прихватљивости захтева за азил. То значи да тражилац азила који је у Мађарску ушао са територије Републике Србије, може бити враћен у Србију без испитивања његовог захтева *in meritum.* Hungarian Helsinki Committee, Serbia as a Safe Third Country: A Wrong Presumption, Report based on the Hungarian Helsinki Committee's field mission to Serbia, September 2011, *http://helsinki.hu/wp content/uploads/HHC report Serbia as S3C.pdf*, 15. септембар 2012.

[3] Serbia as a Country of Asylum Observations on the Situation of Asylum Seekers and Beneficiaries of International Protection in Serbia, UNHCR, August 2012, 3, *http://www.unhcr.org/refworld/docid/50471f7e2.html*, 6. децембар 2012.

мени концепта сигурне треће земље ускладили са стандардима Европске уније у овој области, што представља предуслов за стицање статуса државе чланице Европске уније.[4]

2. ДА ЛИ ЈЕ ПРИМЕНА КОНЦЕПТА СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У СКЛАДУ СА МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВОМ?

Концепт сигурне треће земље не представља изум Европске уније. Ради се о пракси која је распрострањена у читавој међународној заједници.[5] Њен *ratio* лежи у избегавању обавеза које држава има према тражиоцу азила. Србија, дакле, не представља усамљени случај. Она није једина држава која пружање заштите тражиоцу азила не сматра сопственом међународном обавезом.[6] Чињеницу да друге државе употребљавају исти концепт не треба прихватити као оправдање, тим пре што би усклађеност овакве праксе са правилима међународног права требало, са разлогом, довести у питање.

2.1. Правила међународног права о концепту сигурне треће земље

Концепт сигурне треће земље је продукт праксе а не права. Представља пример ситуације у којој пракса није настала из права, већ право заостаје за праксом.[7] Трагање за правилом садржаним у

[4] У Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2012. годину, у вези са поглављем 24 у које улази и азил, стоји: „Критеријуми за проверу сигурних земаља порекла и списак сигурних трећих земаља још нису у потпуности усаглашени са правним тековинама ЕУ. (...) Уопштено говорећи, Србија је и даље у почетној фази спровођења политике азила." Извештај Европске комисије о напретку Србије за 2012. годину, Брисел, 10.10.2012. *http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf sr/pdf/ Izvestaj%20EK 2012 srp.pdf*, 14. октобар 2012.

[5] За праксу протеривања тражилаца азила из Аустралије у Индонезију, вид. Taylor Savitri, „Protection Elswhere/Nowhere", *International Journal of Refugee Law* (*Int'l J. Refugee L.*) 18(2)/2006, 294 300. Вид. такође, Susan Kneebone, „The Pacific Plan: The Provision of Effective Protection", *Int'l J. Refugee L.* 18(3 4)/2006, 696 721, Nazaré Albuquerque Abell, „Safe Country Provisions in Canada and in the European Union: A Critical Assessment", *International Migration Review* 31(3)/1997, 569 590.

[6] Костело (*Costello*) примећује да ни након шездесет пет година од усвајања Универзалне декларације о људским правима и чувеног члана 14, још увек „није јасно ко је у обавези да пружи азил". Cathryn Costello, „The Asylum Procedures Direc tive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dis mantling of International Protection", *European Journal of Migration and Law* (*EJML*) 7(1)/2005, 35.

[7] Постоји ризик да пракса накнадно подрије свој правни основ. За пример такве ситуације у погледу утицаја праксе сарадње између Италије и Либије, кон кретно неформалних оперативних метода које су у области Медитеранског мора

инструментима међународног карактера којим је концепт сигурне треће земље регулисан, указује се као узалудно.

Базични инструмент у области међународног избегличког права свакако је чувена Конвенција о статусу избеглица од 1951. године.[8] Чињеница да се у Конвенцији од 1951. године не помиње концепт сигурне треће земље не би требало да зачуди и то услед два, међусобно повезана, разлога. Први се тиче временског тренутка у коме су настале одредбе Конвенције. Сам почетак друге половине двадесетог века не може се сматрати врхунцем развоја међународног избегличког права. Напротив. Правила међународног права о статусу избеглица су тек почињала да се развијају као правила општег и универзалног карактера, те су још увек била оптерећена ограничењима *ratione temporis* и *ratione personae*. Друга околност тиче се саме сврхе Конвенције која је и искројена како би био решен горући проблем избеглица из Другог светског рата. Концепту сигурне треће земље овде једноставно није било место.

Ситуација је слична и код других релевантних инструмената међународног права. Њихова заједничка карактеристика огледа се управо у томе што они ћуте у погледу концепта сигурне треће земље. Ни Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 1966. године[9] нити Конвенција Уједињених нација против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака од 1984. године,[10] не садрже експлицитне одредбе о овом концепту. То је и очекивано уколико се у обзир узме општи приступ заштити људских права на коме почива Пакт, односно специфичан предмет регулисања код Конвенције против тортуре. Слична запажања би се односила и на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

Ипак, сваки од наведених међународних уговора садржи одредбе које се посредно односе на концепт сигурне треће земље. Најзначајнија међу њима је свакако забрана протеривања, тј. принцип *non-refoulement*. Горе наведени инструменти би се могли раздвојити у две категорије у зависности од односа који заузимају према принципу *non-refoulement*.

спровођене у вези са принципом забране протеривања, на важеће прописе Европске уније у области азила, вид. Silja Klepp, „A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea“, *EJML* 12(1)/2010, 1 21, María Teresa Gil Bazo, „The Practice of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited“, *Int'l J. Refugee L.* 18(3 4)/2006, 571 600.

[8] United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, 137.

[9] United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, 171 и vol. 1057, 407.

[10] United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, 85.

Прва група уговора, услед специфичног предмета регулисања, садржи експлицитну одредбу. Члан 33 Конвенције о статусу избеглица од 1951. године, као и члан 3 Конвенције против тортуре, изричито предвиђају да ниједна држава уговорница неће протерати или вратити избеглицу/лице на територију на којој би његов живот или слобода били угрожени по основу расе, вере, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи или због политичког мишљења, односно ако постоје озбиљни разлози да се посумња да може бити подвргнуто тортури.

У другу групу улазе уговори који не садрже експлицитно правило о забрани протеривања. Међутим, коментари уз релевантне одредбе, али и накнадна пракса у погледу примене ових уговора, указују на тенденцију да се одређене одредбе тумаче на начин да је њима обухваћена и забрана протеривања. Примера ради, Општи коментар Комитета за људска права Уједињених нација уз члан 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, предвиђа да је наведеним чланом обухваћена и обавеза да се лице не протера са територије државе уколико има разлога да се верује да постоји стварни ризик од настанка ненадокнадиве штете, попут штете обухваћене чл. 6 и 7 (право на живот и забрана тортуре).[11] Захваљујући пракси да Европски суд за људска права приликом тумачења Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода полази од концепта Конвенције као живог инструмента, не само да се члан 3 схвата на начин да обухвата забрану протеривања, већ је разматран управо у контексту концепта сигурне треће земље, чиме се у конкретном случају комбинују елементи правила о забрани протеривања са елементима концепта сигурне треће земље.[12]

Нема сумње да, како експлицитно правило о забрани протеривања тако и његове имплицитне манифестације, обухватају ситуацију у којој је лице протерано на територију државе у којој му пак прети даље протеривање у трећу државу на чијој територији

[11] UN Human Rights Committee, General Comment No. 31/80, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 12.

[12] European Court of Human Rights, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, Ap plication No. 30696/09, Judgment, 21 January 2011. За детаљну анализу пресуде вид. Violeta Moreno Lax, „Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece“, *EJML* 14(1)/2012, 1 31. Забрана протеривања се обично сагледава кроз одредбе члана 2 (право на живот) и члана 3 (забрана тортуре и другог нечовечног или понижавајућег поступања) Европске конвенције. Ипак, изнети су и јаки аргументи да би примена принципа *non refoulement* требало да покрије и повреде других права и слобода. Упор. Herne Battjes, „The *Soering* Threshold: Why Only Fundamental Values Prohibit *Refoulement* in the ECHR Case Law“, *EJML* 11(3)/2009, 205 219, Maarten Den Heijer, „Whose Rights and Which Rights? The Continuing Story of Non *Refoulement* under the European Convention on Human Rights“, *EJML* 10(3)/2008, 277 314.

би лице било изложено ризику од прогона из разлога наведених у Конвенцији од 1951. године, или би било подвргнуто тортури.[13] Изнети став захтева даља прецизирања у погледу два важна аспекта. Као прво, да ли то значи да лице може бити протерано у државу на чијој територији му не прети ризик да буде прогоњен, мучен или протеран у трећу земљу у којој би, пак, био прогоњен или подвргнут тортури? Једноставна примена *argumentum a contrario* у тумачењу правних правила би довела до таквог закључка. Друго, што је знатно сложеније, како држава која лице протерује може бити уверена да лице неће бити изложено прогону или тортури у другој земљи, како може бити сигурна да лице неће бити изложено даљем протеривању, можда чак и на територију државе порекла? Другим речима, како држава која лице протерује може знати да је држава у коју се лице протерује сигурна?

2.2. Шта концепт сигурне треће земље заправо подразумева?

Концепт сигурне треће земље има много лица. Непостојање строгих и прецизних норми међународног права може се сматрати главним разлогом за његову вишезначност. Рестриктивни и екстензивни појмови овог концепта представљају његова два супротна пола. Они могу бити лоцирани како на нормативном плану, тако и на пољу праксе, не само на међународном већ и на националном нивоу.

У складу са напред наведеним правилима, нарочито принципом *non-refoulement* који, чини се, одређује границе концепта у међународном праву, концепт сигурне треће земље се може схватити на начин да држава не дугује заштиту лицу које би добило одговарајућу заштиту у сигурној трећој земљи. Ова варијанта концепта могла би бити квалификована као екстензивни међународни концепт сигурне треће земље и државе га често употребљавају. Разлози за широку употребу концепта у овој варијанти су сасвим очигледни и логични. Екстензивна формулација концепта погодна је за пребацивање терета бројних захтева за азил са земаља које су обич-

[13] Конвенција о статусу избеглица од 1951. године забрањује протеривање тражиоца азила на територију било које државе у којој би се он суочио са прогоном из разлога наведених у Конвенцији. Осим тога, речи „на ма који начин то било" указују на закључак да су чланом 33 обухваћене како ситуације директног тако и случајеви тзв. индиректног протеривања. Када је у питању Конвенција Уједињених нација против тортуре од 1984. године, Комитет против тортуре је већ био у при лици да тумачи одредбу члана 3 Конвенције на сличан начин. Вид. *Aemei v. Switzer land*, Communication No. 34/1995, 9 May 1997, CAT/C/18/D/34/1995, 10. Што се тиче Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Комитет за људска права је експлицитно укључио ову ситуацију под члан 2. Његов Општи коментар уз члан 2 помиње „било државу у коју се врши протеривање или било коју државу у коју би лице накнадно било премештено". UN Human Rights Committee, General Comment (2004), 12.

но крајње дестинације тражилаца азила на државе у које је тражилац азила прво ушао по напуштању своје земље порекла, или пак на државе кроз које је дато лице прошло на свом путу до државе која је његова крајња дестинација. То би водило закључку да свако кретање након прве сигурне земље представља такозвано секундарно кретање које не би било нужно са становишта добијања заштите. Терет би тиме неизбежно пао на државе чије се територије налазе поред државе порекла. Ове државе би биле ускраћене за могућност да и саме употребе концепт сигурне треће земље из чега произлази да нису све државе у једнаком положају у погледу употребе концепта.

С друге стране, уколико би постојећа међународна правила била стриктно тумачена, концепт сигурне треће земље би добио свој рестриктивни нормативни облик. Ова варијанта концепта садржана је у члану 1Е Конвенције о статусу избеглица од 1951. године. Члан 1Е предвиђа да уговорна страна не дугује заштиту лицу „за које надлежне власти земље у којој је то лице изабрало своје место боравка сматрају да има права и дужности везане за поседовање држављанства те земље“. Та држава је, без икакве сумње, сигурна трећа земља за лице у питању.

Распон између два нормативна пола концепта испуниле су његове бројне варијанте које је изнедрила пракса држава. Ове варијанте концепта сигурне треће земље, које настају на националним нивоима, имају једну заједничку карактеристику. Акценат је на одређивању одговарајућих стандарда како би се држава квалификовала као сигурна, при чему се у потпуности или делимично занемарују нормативни елементи концепта сигурне треће земље међународног карактера. Заправо, њихова сврха састоји се у томе да оправдају употребу термина „би“ у горе поменутој и најчешће коришћеној екстензивној верзији концепта. Другим речима, који ниво и квалитет заштите се захтева у држави да би се она сматрала сигурном?

Ове фактичке или националне верзије концепта, ако се тако могу назвати, такође се јављају у распону од рестриктивне до екстензивне форме. Различите облике који ће бити објашњени у редовима који следе, не треба схватити као строго раздвојене јер се они чак могу и преклапати.

Крајње рестриктивну форму концепта представљала би ситуација у којој је лице у питању већ добило заштиту, тј. стекло је статус избеглице у трећој земљи, али је накнадно напустило територију те државе. Иако је тешко замислити да би лице напустило земљу у којој већ ужива заштиту једнаку избегличком статусу, теоретски је ова ситуација могућа и дата држава би сасвим сигурно била сигурна земља за то лице. Следећи ниво заштите је „ефективна заштита“ у правом смислу речи. Могла би се квалификовати као ре-

стриктивна фактичка верзија концепта сигурне треће земље. Ради се о најприкладнијем и најпожељнијем нивоу заштите али не и о заштити која је увек прихватљива за државе. Тиче се ситуације у којој је трећа земља већ пружила гарантије да ће тражиоцу азила бити одобрен приступ територији те државе, да ће уживати одговарајућу заштиту, да ће му бити омогућено да тражи и ужива азил и да ће се према њему поступати у складу са прихваћеним међународним стандардима. Наредни, нижи ниво заштите разликује се од претходног у погледу изричитих гарантија. Овај облик их не подразумева. Његова главна карактеристика огледа се у томе што конкретна пракса надлежних органа треће земље указује на закључак да она извршава своје међународне обавезе у области азила и избегличког права. Ова форма концепта и такав ниво заштите налазе се негде на средини, тачније на пола пута између рестриктивне и екстензивне варијанте концепта.

Екстензивна верзија концепта на националном нивоу има три облика. Први се огледа у томе што се трећа земља сматра сигурном само због чињенице да је уговорница Конвенције о статусу избеглица од 1951. године и других релевантних међународних уговора за заштиту људских права. Мада га је лако утврдити, овај облик не одражава право стање ствари из простог разлога што се примена наведених правила од стране надлежних органа не испитује као нужан предуслов да би се држава сматрала сигурном. Други облик екстензивне верзије концепта у пракси подразумева увођење листе сигурних трећих земаља. Идеја је да се извесне државе одреде као сигурне актом надлежног органа. Сама чињеница да се држава налази на листи требало би да буде довољна како би се она сматрала сигурном за дато лице. Поменути облик пати од бројних недостатака. Поједини међу њима биће предмет детаљне анализе у делу рада који се бави прописима и праксом Републике Србије. Коначно, крајње екстензивна форма концепта у пракси, заснива се на недовољно јаком и конкретном односу између тражиоца азила и државе, попут простог пролаза преко територије треће земље. Према овој верзији, да би се држава сматрала сигурном, довољно је да је тражилац азила могао да тражи заштиту на територији те државе док су изгледи за добијање заштите ирелевантни.

2.3. Концепт сигурне треће земље на примеру Србије

Два питања су од значаја када се концепт сигурне треће земље анализира у конкретном случају. Прво је питање да ли се одређена држава може сматрати сигурном. Друго је питање које државе дата држава сматра сигурним. Ова два питања су повезана. Најбољи начин да се установи да ли је одређена држава сигурна јесте тај да се

идентификују земље које она сматра сигурним. Може се, стога, рећи да је друго питање одраз у огледалу првог питања.

Веза је сасвим јасна у случају Републике Србије. Закон о азилу Републике Србије од 2007. године садржи прецизне али и контроверзне одредбе о концепту сигурне треће земље. Концепт је дефинисан у члану 2 Закона о азилу. Члан 2 сигурну трећу државу одређује као државу „са листе коју утврђује Влада, која се придржава међународних начела о заштити избеглица садржаних у Конвенцији о статусу избеглица из 1951. године и Протоколу о статусу избеглица из 1967. године, у којој је тражилац азила боравио или кроз коју је пролазио, непосредно пре доласка на територију Републике Србије и у којој је имао могућност подношења захтева за азил, у којој не би био изложен прогону, мучењу, нељудском или понижавајућем поступку или враћању у државу у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени“.[14]

Члан 33 Закона регулише одбацивање захтева за азил. Став 1, тачка 6 члана 33 предвиђа да ће Канцеларија за азил[15] одбацити захтев без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признавање азила ако утврди „да је лице које тражи азил дошло из сигурне треће државе, осим ако докаже да за њега није сигурна“.[16]

Ове одредбе захтевају неколико напомена.

Као прво, чланом 2 концепт сигурне треће земље јасно се своди на листу коју утврђује Влада. Употребљена формулација има неколико могућих тумачења међу којима има и оних која нису прихватљива и нису у складу са међународним стандардима. С једне стране, листа сигурних трећих земаља може бити схваћена као исцрпна листа земаља. У случају да се држава не налази на листи, не може се сматрати сигурном. С друге стране, уколико је држава стављена на листу, она ће аутоматски бити сматрана сигурном. Оба приступа у потпуности занемарују једно од основних начела избегличког права и права у области азила – принцип да ситуација одређеног лица мора бити испитана уз пуно уважавање његових индивидуалних прилика. Они указују на закључак да су критеријуми стипулисани у члану 2 од значаја само за Владу приликом процене одређене државе како би се донела одлука да ли да се она стави на листу. Не треба занемарити

[14] Чл. 2 Закона о азилу Републике Србије.

[15] Иако Закон о азилу користи термин Канцеларија за азил, до формирања Канцеларије за азил још увек није дошло те ће се у даљем тексту користити на зив Одсек за азил Одељења за странце Управе граничне полиције Министарства унутрашњих послова Републике Србије (краће Одсек за азил Одељења за странце МУП а Републике Србије). Изузетно, у случају да се ради о навођењу релевантне законске одредбе, користиће се назив који фигурира у самом тексту Закона.

[16] Чл. 33, ст. 1, тач. 6 Закона о азилу.

ни чињеницу да предлог да се потенцијалне државе укључе на листу потиче од Министарства унутрашњих послова. Осим тога, приликом утврђивања листе сигурних трећих земаља није регулисано питање њеног ажурирања и ревизије по протеку одређеног временског периода, чиме би се омогућило редовно усаглашавање листе са евентуалним променама по питању опште ситуације у конкретној држави. Од 2009. године, када је актуелна листа по први пут сачињена, није било накнадних измена.[17] Иако Србија није држава чланица Европске уније, као чланица Савета Европе она има обавезу да своје прописе и праксу својих органа усклади са праксом Европског суда за људска права. У светлости пресуде Европског суда за људска права у случају *М.С.С. против Белгије и Грчке*, Грчку би требало уклонити са листе сигурних трећих земаља.[18] Међутим, ништа није предузето како би се поступило у складу са овом пресудом. Посебно проблематична је и чињеница да су на листу земаља које Србија сматра сигурном укључене све суседне државе.[19] Такво решење би за последицу имало да се тражилац азила, који је у Србију ушао из неке од суседних земаља, аутоматски враћа на територију те државе без испитивања његовог захтева за азил. Проблем се указује далеко сложенијим уколико се узму у обзир системи азила суседних држава. Већина пати од озбиљних недостатака.[20]

---

[17] Влада Републике Србије, Одлука о утврђивању листе сигурних држава порекла и сигурних трећих држава од 17. августа 2009. године, *Службени гласник РС*, бр. 67/09.

[18] Случај се тицао држављанина Авганистана кога су белгијске власти послале назад у Грчку. Суд је пресудио да је Белгија повредила члан 3 Конвенције због тога што је вратила подносиоца представке у Грчку, чиме га је изложила ризицима који постоје услед нерегуларности процедуралног карактера у вези са системом азила у Грчкој, као и условима у притвору и условима живота у Грчкој који су у супротности са чланом 3 Конвенције. Суд је такође нашао да су белгијске власти повредиле члан 13 Конвенције зато што подносилац представке није на располагању имао ефикасно правно средство против налога за изручење. European Court of Human Rights, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application No. 30696/09, Judgment, 21 January 2011, paras. 344 368. Вид. такође, Achilles Skordas, Nicholas Sitaropoulos, „Why Greece is not a Safe Host Country for Refugees“, *Int'l J. Refugee L.* 16(1)/2004, 25 52.

[19] Поред суседних држава, следеће државе се налазе на листи сигурних трећих земаља: Аустрија, Белгија, Кипар, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Ирска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португалија, Словачка, Шпанија, Шведска, Велика Британија, Норвешка, Исланд, Лихтенштајн, Швајцарска, Монако, Аустралија, Нови Зеланд, Јапан, Канада, САД и Турска.

[20] Ситуација у погледу система азила у Македонији је од нарочитог значаја из простог разлога што путовање тражилаца азила на Балкану почиње у Грчкој, наставља се преко територије Бивше Југословенске Републике Македоније, преко Србије до Мађарске као најближе чланице Европске уније у овој регији, да би се потом наставило ка западноевропским државама. Примена концепта сигурне треће

Ове напомене би требало анализирати и у светлости недавне праксе Управног суда Србије[21] и Уставног суда Републике Србије.[22]

земље за резултат има кретање тражилаца азила у обрнутом смеру, изазивајући та козвани ланчани *refoulement*. У случају Србије, концепт сигурне треће земље се најчешће користи у односу на Македонију. Чини се да проблем у вези са Македонијом није њен Закон о азилу, већ његова примена. Македонски Указ о проглашењу Закона о азилу и привременој заштити садржи знатно боље решење у погледу концепта сигурне треће земље него што је то случај са нашим Законом. Члан 10 Закона о азилу и привременој заштити Македоније предвиђа солидне гарантије за тражиоца азила одређујући сигурну трећу земљу као земљу „која ће примити тражиоца азила, омогућити му приступ процедури за признавање права на азил, која пружа основне процесне гарантије и која ће испитати захтев за признање права на азил у меритуму". Указ о проглашењу Закона о азилу и привременој заштити, *Службен весник на Република Македонија*, бр.49/03. Ипак, према извештају о регионалним операцијама у југоисточној Европи Комесаријата за избеглице Уједињених нација за 2012. годину, Бивша Југословенска Република Македонија мора значајно да унапреди своју праксу у области азила, нарочито у односу на процедуру за утврђивање избегличког статуса и приступ социјалним и економским правима у складу са међународним стандардима и критеријумима за приступање Европској унији. UNHCR, 2012 Region al Operations Profile for South Eastern Europe, *http://www.unhcr.org/pages/49e48d8f6.html*, 18. септембар 2012. *Amnesty International* такође извештава да се захтеви за азил не испитују у ефикасној и правичној процедури. Amnesty International, Mace donia Human Rights Report, *http://www.amnestyusa.org/our work/countries/europe/macedonia*, 20. септембар 2012. Ипак, у Извештају о напретку Македоније за 2012. годину, Европска комисија је констатовала да је у области азила учињен „известан напредак". Вид. The Former Yugoslav Republic of Macedonia 2012 Progress Report, European Commission, Brussels, 10.10.2012, SWD(2012)332final,56, *http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key documents/2012/package/mk rapport 2012 en.pdf*, 6. децембар 2012. Сличне формулације употребљене су у извештајима Европске комисије за Босну и Херцеговину и за Црну Гору. У случају Црне Горе, Комисија је истакла „да су даљи напори неопходни како би се национално законодавство ускладило са *acquis* јем и међународним стандардима у овој области". Montenegro 2012 Progress Report, European Commission, Brussels, 10.10.2012, SWD(2012) 331 final, 51, *http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key documents/2012/package/mn rapport 2012 en.pdf,* 6. децембар 2012. године. Комисија је у годишњем извештају била веома блага према Босни и Херцеговини, похваливши напредак који је у 2012. години постигла у области азила, а који се, између осталог, огледа у напредовању радова на изградњи центра за азил у Трнову. Bosnia and Herzegovina 2012 Progress Report, European Com mission, Brussels, 10.10.2012, SWD(2012) 335 final, 51, *http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key documents/2012/package/ba rapport 2012 en.pdf*, 7. децембар 2012. године. Идентична констатација Комисије садржана је у њеном Извештају о напретку Босне и Херцеговине за 2011. годину, а једина разлика између Извештаја за 2011. и за 2012. годину огледа се у чињеници да је БиХ у међувремену усвојила Стратегију и Акциони план у области миграција и азила. Bosnia and Herzegovina 2011 Progress Report, European Commission, Brussels, 12.10.2011, SEC(2011) 1206 final, 53, *http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key documents/2011/package/ba rapport 2011 en.pdf*, 7. децембар 2012.

[21] Управни суд Републике Србије, 8 У 3815/11, Пресуда од 7. јула 2011. године.

[22] Уставни суд Републике Србије, Уж 1286/2012, Одлука од 29. марта 2012. године. Одлука је донета по жалби држављанина Кубе Јоела Алберта Кампоса Исаи

Случај вођен пред Управним судом тицао се држављанина Узбекистана који је у Србију дошао из Русије одакле је допутовао авионом са московског аеродрома. На београдском аеродрому је затражио азил. Његов захтев је одбацио како Одсек за азил (Одељења за странце МУП-а Републике Србије) у првом степену,[23] тако и Комисија за азил поступајући као другостепени орган.[24] Оба органа су се позвала на Одлуку Владе Републике Србије о утврђивању листе сигурних трећих земаља, налазећи да је Русија сигурна трећа земља и да тражиоца азила треба вратити у Русију. Тужилац се потом обратио Управном суду Републике Србије. Суд је одбио тужбу у процедури и из разлога који су, најблаже речено, дискутабилни. Када се ради о процедури, Управни суд је решио предмет спора без одржавања усмене расправе, у складу са чланом 33, ставом 2 Закона о управним споровима.[25] Суд је стао на становиште „да је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања", при том не образлажући разлоге за заузимање оваквог става.[26] Када се ради о примени материјалног права, Суд се у потпуности сложио са две одлуке које су донете у претходним инстанцама, сматрајући да су испуњени услови из члана 33, ст. 1, тач. 6 Закона о азилу. Суд је нагласио да захтев треба одбацити без испитивања да ли лице које тражи азил испуњава услове за признавање азила, јер је утврђено да је лице које тражи азил дошло из сигурне треће државе. Чињеница да тражилац азила „није имао никаквих проблема за време боравка на московском аеродрому" сматрана је довољном да Суд дође до закључка да су испуњени законски услови за одбацивање захтева за азил.[27] Суд је своју одлуку даље образложио речима да из чл. 2 Закона о азилу произлази да „надлежни орган није надлежан да одређује да ли је држава која се налази на

са, изјављене против пресуде Управног суда У. 3555/11 од 14. децембра 2011. године. Управни суд је, наиме, одбио као неосновану тужбу подносиоца користећи се тумачењем концепта сигурне треће земље на исти начин на који се то чини у Пресуди 8 У 3815/11 која је предмет детаљне анализе у овом раду.

[23] Одсек за азил, Одељење за странце, Министарство унутрашњих послова Републике Србије, Одлука бр. 03/9 26 1206/10, 24. децембар 2010.

[24] Комисија за азил Републике Србије, Одлука бр. АЖ 03/11, 16. фебруар 2011.

[25] Закон о управним споровима Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 111/09.

[26] Управни суд Републике Србије, 8 У 3815/11, Пресуда од 7. јула 2011. године, 3. На значај процедуралног аспекта у случајевима који се тичу азила указао је Костело речима да „у контексту азила, где би цена за погрешне одлуке могла бити губитак људских живота, строгост у погледу процедуре је још важнија". C. Costello, 35.

[27] Управни суд Републике Србије, 8 У 3815/11, Пресуда од 7. јула 2011. године, 4.

листи коју је утврдила Влада РС, сигурна за тражиоца азила, већ да је дужан да прихвати да је држава сигурна уколико се налази на листи коју је Влада РС утврдила“.[28]

Чини се да Суд сугерише да је, у случају да се држава налази на листи, претпоставка да је трећа земља сигурна необориве природе. Међутим, уколико је ово одговарајуће тумачење члана 2 Закона о азилу, због чега је Суд осећао потребу да изричито напомене да „ у току поступка није доказано да та држава (...) није сигурна“ за тражиоца азила?[29] Уколико је претпоставка необорива, супротно и није могуће доказати. Такво тумачење одредбе би очито било у супротности са Конвенцијом о статусу избеглица од 1951. године и принципом *non-refoulement* који подразумева забрану протеривања тражиоца азила у било коју другу државу за коју надлежни органи државе која протерује не могу гарантовати да ће лице у питању моћи да користи своје право да тражи азил и да стекне статус избеглице, наравно уколико испуњава услове за заштиту. Пре него што се лице премести у трећу земљу неопходно је да извесни услови буду испуњени. *Inter alia*, они могу подразумевати да ће лицу бити дозвољен улаз у трећу земљу, да ће имати приступ ефикасној заштити од даљег протеривања, да ће моћи да тражи азил и да ће се према њему поступати у складу са општеприхваћеним међународним стандардима. Примена листе сигурних трећих земаља, на начин на који то чини Управни суд Србије, упућује на закључак да нити један од наведених услова не мора бити испуњен да би се тражилац азила пребацио у другу државу. Ова констатација ће такође бити анализирана у контексту приступања Србије Европској унији, у делу рада који се бави нужним прилагођавањима српског законодавства стандардима који важе у праву Европске уније.

Међутим, схватање Уставног суда Републике Србије садржано у образложењу Одлуке од 29. марта 2012. године по жалби држављанина Кубе Јоела Алберта Кампоса Исаиса, значајно одступа од тумачења концепта сигурне треће земље које је у својој пресуди користио Управни суд. Уставни суд сматра да релевантне одредбе Закона о азилу упућују на закључак да се листа сигурних трећих држава, између осталог, формира и на основу извештаја и закључака Канцеларије Високог комесаријата за избеглице Уједињених нација. Управо ови извештаји треба да допринесу кориговању праксе надлежних органа Републике Србије „у том смислу да се захтев за азил неће одбацити иако лице долази из сигурне треће државе која је на листи Владе, уколико та држава поступак азила примењује на начин супротан Конвенцији“.[30] Своју тврдњу Уставни суд подупире

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.*

[30] Уставни суд Републике Србије, Уж 1286/2012, Одлука од 29. марта 2012. године, 8.

позивањем на одговарајућу праксу Европског суда за људска права, конкретно на већ поменуту пресуду у предмету *М.С.С. против Белгије и Грчке*.[31]

Ако оставимо по страни листу сигурних трећих земаља, тачније чак и да се Одлука Владе о утврђивању листе сигурних трећих земаља не тумачи на начин који је управо био предмет критике, намеће се и друга примедба у погледу члана 2 Закона о азилу. Тиче се формулације да је сигурна трећа земља држава „у којој је тражилац азила боравио, или кроз коју је пролазио". Мада би критеријум боравишта могао бити прихватљив, прост пролаз преко територије државе у питању никако се не може сматрати довољном везом између државе и тражиоца азила. Сврха концепта сигурне треће земље није у томе да се тражилац азила врати у било коју државу и да се на тај начин она ослободи сопствених међународних обавеза. Ипак, ако се не би захтевала веза суштинског и објективног карактера између државе и тражиоца азила, концепт би се неизбежно свео управо на једноставан начин да се избегне извршење међународних обавеза.

Треће, чл. 2 Закона дефинише сигурну трећу земљу као државу у којој је тражилац азила „имао могућност подношења захтева за азил". Није у потпуности јасно шта се под овим условом подразумева. Да ли то значи да у држави постоји процедура за добијање азила и да је, са становишта права, лице било у позицији да тражи азил? Да ли то подразумева да држава мора да испита на који начин та процедура функционише у пракси пре него што лице врати у трећу земљу? Да ли то једноставно значи да је лице имало прилику да се обрати надлежном органу за питање азила, али да то није учинило? Да ли се под тим пак подразумева да је лице било у контакту са надлежним органом али да није затражило азил? Ако се Србија узме као пример, да ли би се могло рећи да је наведени услов испуњен с обзиром на чињеницу да ниједан захтев за азил није за резултат имао добијање избегличког статуса током четири године примене Закона о азилу?[32] Ако је судити према пракси надлежних органа у Србији, не може се очекивати да ће Србија овај услов тумачити на начин да се захтева испитивање конкретних резултата поступка за добијање азила у држави у питању, укључујући број додељених статуса. Што је још значајније, овај део чл. 2 требало би размотрити у светлу не-

[31] Уставни суд је ипак закључио да оспореном пресудом Управног суда под носиоцу уставне жалбе није повређено право на уточиште гарантовано чланом 57 Устава, између осталог и због тога што подносилац уставне жалбе у том поступку није истицао разлоге на основу којих се могао извести закључак да Република Црна Гора или Република Румунија за њега представљају сигурне државе.

[32] Како би овај податак био приказан у правом светлу, упутно је поменути да је само током 2010. године и у првој половини 2011. године 1890 лица поднело зах тев за азил у Републици Србији. UNHCR, 2012 Report on Country Operations Profile Serbia, *http://www.unhcr.org/pages/49e48d9f6.html*, 24. септембар 2012.

давне пресуде Европског суда за људска права у случају *Hirsi Jamaa и други против Италије.* Суд је стао на становиште да „чињеница да су стране у питању пропустиле да експлицитно траже азил не ослобађа Италију од извршења њених обавеза према члану 3“.[33]

Коначно, члан 2 одређује сигурну трећу земљу као државу у којој тражилац азила „не би био изложен прогону, мучењу, нељудском или понижавајућем поступку или враћању у државу у којој би његов живот, безбедност или слобода били угрожени“. Наведени део одредбе може се схватити на два начина. Први је, сасвим огичледно, једино прихватљиво решење за српског законодавца. Полази од опште ситуације у држави у питању у погледу примене међународних стандарда у заштити избеглица и тражилаца азила. Показатељи испуњености овог услова своде се на обавезаност те државе релевантним међународним уговорима, њихову примену у пракси и извештаје међународних организација и тела у вези са заштитом људских права. Други начин тумачења израза употребљеног у члану 2 више би одговарао међународним стандардима и међународној судској пракси. Сугерише да би сваки захтев за азил требало испитати на индивидуалној основи, узимајући у обзир релевантне околности његове ситуације. Дата држава може бити сигурна за већину, али то не значи да је самим тим сигурна за свакога. Чини се да је то став и Европског суда за људска права. У случају *Hirsi Jamaa и други против Италије*, Суд је нашао да је „трансфер подносилаца представке у Либију спроведен без испитивања индивидуалне ситуације сваког подносиоца представке. (...) То је за Суд довољно да закључи

[33] European Court of Human Rights, *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Application No. 27765/09, Judgment, 23 February 2012, 133. Подносиоци представке су 11 држављана Сомалије и 13 држављана Еритреје. Они су били у групи од 200 људи која је на три брода напустила Либију 2009. године и запутила се ка Италији. 6. маја 2009. године, у тренутку када су се бродови налазили 35 миља јужно од Лампедузе, пресрели су их бродови италијанске обалне страже и спровели их до италијанских војних бродова који су их одвели до Триполија. Подносиоци представке су тврдили да им италијанске власти нису рекле куда их воде, као и да нису уопште проверавали њихов идентитет. По доласку у Триполи, они су били предати властима Либије. Суд је стао на становиште да чињеница да је неколико враћених добило статус избеглице у Либији није довољна да би се извео закључак да не постоји ризик од протеривања. Суд је такође нашао да су италијанске власти знале или су биле дужне да знају да нема довољно гаранција да лица враћена у Либију неће бити протерана у њихове земље порекла, при чему се нарочито руководио околношћу да у Либији не постоји одговарајућа процедура за азил. Суд је потврдио да Италија не може бити ослобођена обавезе из члана 3 Конвенције само на основу чињенице да подносиоци представке нису у Италији затражили азил или да су пропустили да укажу на ризике са којима би били суочени услед непостојања система за добијање азила у Либији. Суд је нашао да су италијанске власти биле дужне да испитају на који начин Либија испуњава своје међународне обавезе у вези са заштитом избеглица. Из наведеног произлази да је враћањем подносилаца представке у Либију Италија повредила члан 3 Конвенције јер их је тиме изложила ризику од враћања у земљу порекла.

да не постоје довољне гарантије да су индивидуалне прилике сваког од лица у питању заиста биле предмет детаљног испитивања“.[34]

Током поступка, различите међународне организације које су иступале у својству интервенијената, заступале су став да испитивање захтева за азил на индивидуалној основи представља саставни део принципа *non-refoulement*.[35] Два могућа начина тумачења не треба схватити алтернативно. На њих треба гледати као на два услова која у сваком конкретном случају треба да буду присутна кумулативно. Чињеница да се држава у питању налази на листи сигурних трећих земаља може се стога тумачити само у смислу претпоставке да општа ситуација у тој држави не указује на постојање ризика од прогона по основима наведеним у Конвенцији од 1951. године или ризика од изложености тортури. Ни у ком случају је не треба тумачити као замену за испитивање индивидуалне ситуације тражиоца азила.

Све изнете напомене воде закључку да проблем не представља начин на који је српски закон скројен, већ његово неправилно тумачење које за исход има праксу супротну прихваћеним међународним стандардима. Најпроблематичнијом се чини тенденција да се концепт сигурне треће земље своди на обичну листу. Иако то очигледно олакшава рад надлежних органа, такво тумачење је далеко од усклађеног са анализираним међународним правилима и стандардима, као и са базичним случајевима у области избегличког права и права азила. Изгледа да је општа карактеристика српског законодавства да преузима решења која су у употреби у другим правним порецима која, када се примене у специфичним околностима друге државе, обично дају потпуно другачије резултате. Увођење листе сигурних трећих земаља може се тако приписати тежњи Србије да у своје законодавство уноси решења из европског права. Међутим, од свих правила Европске уније у области азила, конкретно у погледу концепта сигурне треће земље, Србија је изабрала правило чија примена изазива озбиљне тешкоће чак и међу државама чланицама Европске уније, због чега се чине озбиљни напори да се постојећа решења измене.[36]

---

[34] *Ibid.,* 185.

[35] Комесаријат за избеглице Уједињених нација изјавио је да „принцип *non refoulement* укључује процедуралне обавезе за државе. Даље, право на приступ ефикасној процедури за азил коју води надлежни орган је још значајнија када укључује „мешовите“ миграторне токове, у оквиру којих потенцијалне тражиоце азила треба издвојити и разликовати од осталих миграната“. *Ibid.*, 193. Различита тела у оквиру Уједињених нација инсистирала су на томе да је испитивање индивидуалне ситуације сваког тражиоца азила саставни део правила о забрани протеривања. Вид. *ibid.*, 165. Наведена пракса није својствена искључиво европском региону: The Inter American Commission for Human Rights, *Case of the Haitian Center for Human Rights et al. v. United States,* case No. 10675, Report No. 51/96, 163.

[36] European Commission, *Amended proposal for a Directive of the European Par liament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing interna*

3. ДА ЛИ ЈЕ СРБИЈА ДАЛЕКО ОД ПРАВИЛА И СТАНДАРДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О КОНЦЕПТУ СИГУРНЕ ТРЕЋЕ ЗЕМЉЕ?

Анализа се и у овом делу рада може поставити на два нивоа – ниво правних норми и ниво праксе.[37] На оба нивоа постоје извесни напори да се ситуација у Србији приближи ситуацији у већини држава чланица Европске уније. Ипак, Србија се суочава са озбиљним проблемима које није могуће пребродити, чак ни потпуном хармонизацијом њеног законодавства у области азила са законодавством Европске уније. Биће далеко теже постићи њихову адекватну примену, не само у погледу праксе надлежних органа – Одсека за азил (Одељења за странце МУП-а Републике Србије), Комисије за азил и судских органа, већ и у погледу капацитета саме државе да тражиоцима азила обезбеди одговарајуће услове боравка на њеној територији. Последње треба довести у везу са односом према тражиоцима азила који доминира јавним мњењем Србије.

Пре анализе конкретних правила Европске уније о концепту сигурне треће земље, важно је напоменути да су контекст и разлози за увођење овог концепта у право Уније сасвим другачији од разлога који доминирају изван Уније.[38]

Концепт представља допринос такозваном Заједничком европском систему азила, створеном 2003. године Уредбом Савета о установљењу критеријума и механизама за утврђивање државе чланице одговорне за испитивање захтева за азил који је поднет у држа-

tional protection status (Recast), Brussels, 1 June 2011, COM(2011) 319 final, 2009/0165 (COD).

37 Бирн (*Byrne*), Нол (*Noll*) и Ведштед Хансен (*Vedsted Hansen*) износе интересантну тезу о концепту сигурне треће земље из перспективе државе која има статус кандидата за чланство у Европској унији. Указују да, „за државе кандидате, увођење правила о сигурној трећој земљи је, у најбољем случају, узалудно“. Rose mary Byrne, Gregor Noll, Jens Vedsted Hansen, „Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union“, *European Journal of International Law* (*Euro. J. Int'l L.*) 15(2)/2004, 370.

38 Има и другачијих схватања. Примера ради, изнето је гледиште да, чак и у оквиру Европске уније „процес хармонизације у области азила и имиграције може, за сада, у значајној мери бити описан као различити покушаји да се спречи приступ процедури за добијање азила“. Концепт сигурне треће земље може послужити као одличан пример нечега што аутори називају „инструментима за спречавање присту па процедурама за азил или њихову замену једноставнијим процедурама или дру гим облицима заштите“. Thomas Gammeltoft Hansen, Hans Gammeltoft Hansen, „The Right to Seek Revisited. On the UN Human Rights Declaration Article 14 and Access to Asylum Procedures in the EU“, *EJML* 10(4)/2008, 448. Вид. такође Sandra Lavenex, „Passing the Buck: European Union Refugee Policies towards Central and Eastern Eu rope“, *Journal of Refugee Studies* 11(2)/1998, 126 144, Judit Toth, „The Impact of EU Migration Policies on Central Eastern European Countries“, *Refugee Survey Quarterly* 20(2)/2001, 102 114, Geoff Gilbert, „Is Europe Living Up to Its Obligation to Refugees“, *Euro. J. Int'l L.* 15(5)/2004, 963 987.

ви чланици од стране држављанина треће земље.[39] Сврха Уредбе је да одреди државу чланицу која је одговорна за испитивање захтева за азил, да спречи злоупотребе процедуре за азил као и да спречи такозвани *asylum shopping* тако што ће обезбедити да се сваки захтев за азил испитује од стране једне државе чланице.[40] Дакле, систем је намењен само за примену у оквиру Европске уније. Иако Уредба не помиње експлицитно концепт сигурне треће земље, од значаја су критеријуми који су Уредбом дефинисани а који служе за идентификовање државе чланице која је одговорна за испитивање захтева за азил. Ове критеријуме би требало користити и у својству показатеља везе између тражиоца азила и сигурне треће земље а они укључују принцип јединства породице, издавања боравишних дозвола или виза, незаконитог уласка или боравка на територији државе чланице, законитог уласка на територију државе чланице као и критеријуме који се тичу захтева поднетог на аеродрому, у делу за међународни транзит.[41]

Акт Европске уније који непосредно регулише концепт сигурне треће земље јесте Директива Савета о минималним стандардима поступка у државама чланицама за додељивање и укидање избегличког статуса.[42] Закон о азилу Републике Србије ће, стога, бити анализиран у светлости чл. 27 Директиве који уређује концепт сигурне треће земље, са кратким освртом на измене ових одредаба у Измењеном предлогу Директиве о минималним стандардима поступка.[43]

Сви принципи наведени у чл. 27, ст. 1 Директиве релевантни за примену концепта сигурне треће земље, садржани су, било директно или индиректно, у чл. 2 Закона о азилу Републике Србије.[44]

---

[39] Council Regulation (EC) 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third country national, *Official Journal of the European Union* L 50, 1 10.

[40] За супротну перцепцију заједничког система азила у Европској унији вид. Michael John Hopkins, „The Emperor's New Safe Country Concepts: A UK Perspective on Sacrificing Fairness on the Altar of Efficiency", *Int'l J. Refugee L.* 21(2)/2009, 218 255.

[41] Чл. 6 12 Уредбе.

[42] Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status, *Official Journal of the European Union* L 326, 13.12.2005, 13 34.

[43] European Commission, *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast),* Brussels, 1 June 2011, COM(2011) 319 final, 2009/0165 (COD).

[44] Ради се принципу да живот и слобода нису угрожени по неком од основа из Конвенције од 1951. године, принципу *non refoulement*, забрани враћања повредом правила о забрани тортуре и могућности да се тражи статус избеглице и, уколико се

Међутим, ст. 2, чл. 27 подводи примену концепта сигурне треће земље под правила садржана у националном законодавству. Остављајући државама чланицама регулисање ових питања, Директива ипак установљава посебне стандарде које треба испунити.

Прво, захтева се постојање везе између лица које тражи азил и треће државе. Утврђивање везе је препуштено државама. Ипак, Директива захтева да је веза таква да чини „разумним за то лице да оде у ту државу“.[45] Прост транзит или пролаз се тешко може квалификовати „разумним“, а одговарајући део чл. 2 нашег Закона о азилу би стога требало брисати.

Друго, иако чл. 27, ст. 2, тач. б Директиве допушта утврђивање сигурних трећих земаља на националном нивоу, из чега произлази да би се листа сигурних трећих земаља могла сматрати прихватљивом методом којом би надлежни органи могли да се служе приликом оцене да ли се концепт може применити на конкретну државу и конкретног тражиоца азила, ову одредбу је неопходно читати у контексту одредбе чл. 27, ст. 2, тач. ц Директиве. Наведена одредба јасно захтева испитивање на индивидуалној основи да ли је држава у питању сигурна за конкретног тражиоца азила чиме би, као минимум, лицу које тражи азил требало дозволити да оспори примену концепта сигурне треће земље. Осим тога, чл. 27, ст. 2, тач. б предвиђа да таква методологија укључује разматрање од случаја до случаја да ли је држава сигурна за лице у питању и/или утврђивање, на националном нивоу, држава које се генерално сматрају сигурним. Мада су два приступа постављена алтернативно, важно је напоменути да одређивање сигурних држава на националном нивоу следи иза испитивања да ли је држава сигурна за дато лице од случаја до случаја. Употреба речи „генерално“ у изразу „утврђивање, на националном нивоу, држава које се генерално сматрају сигурним“, може се протумачити и на начин да постоје изузеци од претпоставке сигурности, тј. као индикатор опште ситуације у одређеној држави у смислу да нема ризика од прогона по основима из Конвенције од 1951. године или ризика да лице буде подвргнуто тортури. Како би се члан 2 Закона о азилу РС ускладио са овим одредбама Директиве, члан 2 би требало преформулисати на начин да се не остави простор за актуелно тумачење одредбе од стране надлежних органа. Тај циљ би се могао постићи на неколико начина. Прво решење би се састојало у напуштању листе сигурних трећих земаља и дефинисању концепта само по основу принципа садржаних у чл. 27, ст. 1 Директиве. Друго решење би се огледало у задржавању листе сигурних трећих земаља али уз увођење израза који би указао на оборив карактер претпо-

овај статус установи, да се добије заштита у складу са Женевском конвенцијом (чл. 27, ст. 1, тач. а д Директиве од 2005. године).

45 Вид. чл. 27, ст. 2, тач. а Директиве 2005/85 Савета.

ставке да је трећа земља која се налази на листи сигурна. Трећим решењем би листа сигурних трећих земаља такође била задржана, али би било нужно нагласити да листа служи као индикатор опште ситуације у датој земљи у погледу ризика од прогона или тортуре, док би испитивању специфичне ситуације лица које тражи азил требало пружити одговарајући значај.

У сваком случају, право лица које тражи азил да доведе у питање примену концепта сигурне треће земље треба изричито предвидети у Закону о азилу Републике Србије. Једина одредба која у том погледу постоји јесте одредба члана 33 који регулише одбацивање захтева за азил. Одредбом је предвиђено да „пре доношења решења којим одбацује захтев за азил, Канцеларија за азил ће испитати странца на све околности које искључују разлоге за одбацивање захтева за азил из става 1 овог члана". Промена у пракси надлежних органа у смислу да се захтев за азил не одбацује аутоматски већ да се у сваком конкретном случају испитује да ли је лице доказало да је конкретна земља за њега несигурна, учинила би одредбу чл. 33, ст. 2 Закона и практично примењивом када се ради о концепту сигурне треће земље.

Нужна је још једна измена како би се Закон о азилу ускладио са чл. 27 Директиве. Требало би унети одредбу која предвиђа да у случају да надлежни орган одлучи да врати тражиоца азила у другу земљу само на основу концепта сигурне треће земље, он има обавезу да о својој одлуци обавести подносиоца захтева за азил и да му изда документ којим се власти треће земље, на језику те земље, обавештавају да његов захтев није испитан у меритуму.[46]

Неопходно је још дати неколико напомена у вези са предлогом из 2011. године да се измени Директива. Три измене би биле од значаја за Закон о азилу Републике Србије. Прва промена је терминолошке природе и тиче се замене речи „азил" речју „међународна заштита". Друга промена тежи да додатно нагласи значај испитивања захтева у зависности од индивидуалних прилика самог лица које тражи азил.[47] Када се у обзир узме склоност надлежних органа у Србији да игноришу индивидуалне прилике тражиоца азила, поменута измена би требало да буде додатна потврда потребе да је што пре нужно унети промене. Треће, уведен је нови део члана 27, ст. 2, тач. ц Директиве којим се изричито предвиђа да се тражиоцу азила мора омогућити да оспори постојање везе између њега и треће земље.[48] У

[46] Упор. чл. 27, ст. 3 Директиве 2005/85 Савета.

[47] European Commission, *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing international protection status (Recast),* Brussels, 1 June 2011, COM(2011) 319 final, 2009/0165 (COD), 61.

[48] *Ibid.*

случају да предлог за ову измену буде прихваћен, Србија би морала да унесе измене како у одговарајући део чл. 2 Закона који дефинише везу у смислу боравка или пролаза, тако и да уведе посебну одредбу којом би на експлицитан начин било предвиђено право лица које тражи азил да оспори постојање ове везе. Измена би, ако буде усвојена, представљала додатни аргумент у прилог тврдњи да је пракса судских органа у Србији у погледу значаја који се придаје чињеници да се држава налази на листи трећих земаља, погрешна и противна релевантним међународним и европским стандардима.

4. ЗАКЉУЧАК

Постоји низ фактора који се морају узети у обзир приликом оцене капацитета Србије да достигне међународне и европске стандарде у области азила.

Чини се да је први, и истовремено основни услов, испуњен. Србија је уговорница релевантних међународних уговора универзалног и регионалног карактера, укључујући Конвенцију о статусу избеглица од 1951. године и Конвенцију Уједињених нација против тортуре од 1984. године. Као чланица Савета Европе, она је обавезана и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.

Друго, Србија располаже законодавним оквиром којим су регулисана правила и поступак за добијање азила. Поступак је, међутим, посебно проблематичан. Постоје два надлежна органа. Одсек за азил (Одељења за странце МУП-а Републике Србије) одлучује о захтевима за азил у првом степену. Европска комисија је озбиљно критиковала недовољан број службеника Одсека.[49] Посебно проблематичном чини се чињеница да је Одсек за азил само јединица у оквиру Одељења за странце Управе граничне полиције Министарства унутрашњих послова. Како би се ово тело учинило независним у свом раду, требало би га или потпуно одвојити од Министарства унутрашњих послова, или, ако то није могуће, издвојити из хијерархије Министарства на начин на који би службеници Одсека за азил били ослобођени полицијских стега. Комисија за азил делује у другом степену. Комисија има девет чланова које именује Влада. Чланови Комисије су први пут постављени 2008. године, са почетком примене Закона о азилу. Међутим, након што им је мандат истекао 17. априла 2012. године, Влада није одмах именовала нове чланове

[49] European Commission, Serbia 2010 Progress Report, 9 November 2010, 51. *http://www.seio.gov.rs/upload/documents/Izvestaji/serbia 2010 progress report. pdf*, 14. септембар 2012.

што је представљало озбиљан пропуст и привремену немогућност спровођења поступка за азил. Мандат Комисије за азил обновљен је тек у септембру 2012. године.

Треће, приступ заштити је значајан показатељ стварне примене међународних и националних прописа о азилу. Статистике које се тичу Србије, међутим, нису нарочито оптимистичне. Иако је осетан пораст броја лица која изражавају намеру да траже азил у Србији, број додељених статуса је и даље на нули.[50] То упућује на закључак да постоје озбиљни недостаци како системског тако и институционалног карактера у поступку за добијање азила у Републици Србији. Нарочито је забрињавајући податак да жалба на одлуку Комисије за азил пред Управним судом не одлаже извршење решења о изручењу. У тренутку када Суд расправља о жалби, лице које је поднело захтев за азил ће се већ налазити у „сигурној" земљи. Ефикасност и практичан значај овог правног средства треба озбиљно довести у питање.

Азил не треба схватити на начин да овлашћује државу на доношење дискреционе одлуке да ли да лицу у питању пружи међународну заштиту или да пак елегантно пренесе обавезу на другу државу користећи, *inter alia*, концепт сигурне треће земље. Промена у схватању установе азила је стога неопходна на свим нивоима државне власти – законодавном, извршном и судском. Можда је најједноставније постићи промену на законодавном нивоу. Као што је већ напоменуто, Закон о азилу Србије је релативно усклађен са међународним и европским стандардима у области азила. Мада су измене нужне, претпоставка је да ће се оне десити током поступка приступања Србије Европској унији. Када је у питању ниво извршне власти, промене би требало да буду радикалније. Другачијој перцепцији азила и концепта сигурне треће земље од стране извршних органа, у значајној мери би допринеле промене на нивоу судског тумачења одговарајућих прописа. Нуди се неколико решења, међу којима и нова, недвосмислена формулација члана 2 Закона о азилу, која не би оставила простора за садашње, погрешно поимање

[50] Током 2008. године, 77 лица је изразило намеру да тражи азил у Србији. У 2009. години овај број је учетворостручен (275). Током 2010. године, било је 525 изражених намера да се тражи азил, док је само током прве половине 2011. године чак 1413 лица изразило намеру да тражи међународну заштиту у Србији. Подаци су наведени према статистичким подацима Канцеларије Високог комесаријата за из беглице Уједињених нација за потребе извештаја Мађарског хелсиншког комитета за Србију, Hungarian Helsinki Committee (2011). Доступни подаци о прва три месеца 2012. године показују да је 378 лица изразило ову намеру. Београдски центар за људска права, Извештај: Положај тражилаца азила у Србији у периоду од 1. јануара до 20. априла 2012, *http://www.azil.rs/doc/izvestaj azil 1.pdf*, 24. мај 2012. Поређења ради, према подацима који се тичу Албаније, на крају 2010. године, након мање од две године примене албанског Закона о азилу од 2009. године, 76 лица је добило статус избеглице у Албанији. Sokol Dedja, „Human Rights in the EU Return Policy: The Case of the EU Albania Relations", *EJML* 14(1)/2012, 113.

концепта. Као крајњи излаз из ове ситуације указује се и подношење релевантних представки Европском суду за људска права против Републике Србије. Пракса Европског суда је у овој области константна а његове пресуде би биле обавезујуће за Србију, не само у односу на конкретан случај, већ и са начелног становишта. Промене у пракси надлежних судских органа у Републици Србији би потом могле да послуже као подстицај за одговарајуће промене у пракси њених извршних органа који би сопствено тумачење прописа у области азила морали, на један систематичан начин, да прилагоде тумачењу више инстанце.

Dr. Bojana Čučković

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

THE SAFE THIRD COUNTRY CONCEPT UNDER INTERNATIONAL, EUROPEAN AND LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The erroneous implementation of the safe third country concept by the competent authorities is identified as the main defect of the asylum system in Serbia. The concept serves as the most frequently used basis for rejecting asylum applications without examining the eligibility of an asylum seeker for the recognition of asylum. The result of such a practice is a surprising fact that there have been no recognized refugee statuses during the four years of enforcement of the 2007 Law on Asylum. The safe third country concept is analyzed from the perspective of Serbian legislation, recent case law of Serbian Administrative Court as well as Serbia's practical capacity to provide asylum seekers with adequate protection. The analysis suggests that Serbia fails to implement relevant international and European standards. This remark is of particular significance if considered in light of the recently acquired official candidate status for European Union membership.

Key words: *Safe third country concept. – Asylum. – Non-refoulement principle. – List of safe third countries.*

УДК 271.222(497.11)-773-74"12/13" ; 322(497.11)"12/13"

Др Драгана Јањић*

КАНОНСКОПРАВНИ АСПЕКТ ОСНИВАЊА БАЊСКЕ ЕПИСКОПИЈЕ

Житијна књижевност као историјски извор од примарне важности за снива свој садржај на историјским чињеницама. Одлука о оснивању Бањске епископије као потребе у датим историјским околностима и њеног канонског утемељења остаје с црквено канонског аспекта непозната у постојећим изво рима. Оскудни историјски подаци којима располажемо упућују на то да одго вор на ово питање треба потражити у анализи постојећих канонско саборских одлука и њихове примене у одређеним историјским околностима

Кључне речи: *Канон. Епископија. Јурисдикција. Манастири. Житије.*

1. УВОД

Тражећи ослонац за реализацију својих политичких планова, краљ Милутин је посебну пажњу поклањао обнови старих и подизању нових цркава у својој држави и ван ње о чему сведочи и његов животописац Данило II који каже: „Овај блажени и крепки краљ Стефан Урош... поче зидати мноштво светих цркава не само у своме отачаству, но и у светоме граду Јерусалиму и Светој Гори Атонској, и у самом Царском Граду (Цариграду), и почевши и друге свете цркве по свим изабраним местима и сврши. Старе цркве обнови и укрепи“.[1] Једна од таквих задужбина био је манастир Светог Стефана у Бањској.

Бањска је дуго била предмет нарочите Милутинове пажње. Одредивши Бањску за свој маузолеј, овај манастир је у исто време

* Аутор је научни сарадник Института за српску културу Приштина/ Лепосавић. Рад је настао у оквиру пројекта *Материјална и духовна култура Косова и Метохије* (Ев. бр. 178028), које финансира Министарство науке и просвете Репу блике Србије.

[1] Данило Други, *Животи краљева и архиепископа српских, Службе*, Бео град, 1988, 141.

био и Милутинова ризница (у којој је сабрао, како каже *Житије*: „своје много имућно богатство које предаде у руке свеосвећеноме епископу Данилу, а сам уставши пођe против брата свога на рат и против своје воље“),[2] али и епископија у једном кратком периоду. Овим указивањем на Бањску отвара се интересантно питање настанка и укидања једне епископије, у овом случају Бањске, чије оснивање формално, канонскоправно, није потврђено средњовековним повељама и актима. Непостојање писаних докумената до данас је оставило недореченим овај проблем.

Наведени помен у *Житију* архиепископа Данила II о рату који је вођен са прекидима од 1301. до 1311. године између браће Драгутина и Милутина, могао би бити *terminus post quem*, за датовање почетка изградње манастира Бањске.[3] Наиме, у Даниловом житију крај борби између браће наговештен је реченицом „одби насиље оних који су борбу водили са њиме, све добро свршивши Божијом помоћу“, датирајући га у годину 1311. или 1312, а што се подудара са податком о мисији хиландарског игумана Никодима у Цариград, која је требало да буде гарант мира између завађених страна.[4]

2. ОСНИВАЊЕ БАЊСКЕ ЕПИСКОПИЈЕ

Историјска прошлост манастира Бањска, тј. његове цркве св. Стефана, досеже, како се из Грачаничке хрисовуље (1314–1316) види, у доба краља Уроша I (1243–1276)[5]. Археолошка ископавања констатовала су осамдесетих година прошлог века претпостављене остатке архитектуре Уроша I, које је уочио и Бошковић приликом радова на осигурању Бањске.[6] То потврђује и Грачаничка повеља из

2 Данилови настављачи, *Данилов Ученик, други настављачи Даниловог зборника*, Београд, 1989, 102 103.

3 Данилови настављачи, 102 103. Михаило Динић, „Однос између краља Милутина и Драгутина“ *Зборник радова византолошког института*, 3/1955, 49. Миливоје Павловић, „Грачаничка повеља“, *Гласник СНД*, III/1928, 128. *Историја Српског народа*, I, Београд, 1981, 459 460. Марија Јанковић, „Данило, Бањски и Хумски епископ,“, *Архиепископ Данило II и његово доба*, 1991, 84. Марица Шупут, *Манастир Бањска*, Београд, 2003, 20.

4 Данилови настављачи, 103. Михаило Динић, 68 79.

5 Стојан Новаковић, „Манастир Бањска задужбина краља Милутина“, *Глас СКА*, XXXII/1892, 3 55. Татомир Вукановић, „Манастир Бањска“, *Врањски гласник*, VI/1970, 41 43. Василије Марковић, *Православно монаштво и манастири у средњевековној Србији*, Сремски Карловци, 1920, 93. Марија Јанковић, *Епископије и митрополије Српске цркве у средњем веку*, Београд, 1985, 112 115.

6 Ђурађ Бошковић, „Извештаји и кратке белешке с путовања“, VI/1931, 140 189. Ђурађ Бошковић, „Пред радом на осигурању Бањске“, *Старинар*, XIII/1938, 214 229. Владимир Р. Петковић, *Преглед црквених споменика кроз повесницу Српског народа*, Београд, 1950, 16. Георгије Ковађов, „Неки проблеми током архелошких

које се види да је краљ Милутин изузео Бањску из поседа епископског властелинства Липљанске епископије, како би подигао и украсио цркву св. Стефана. Наиме, Грачаничком повељом из 1314–1316. године само би се потврђивала Милутинова даривања из 1286–1292, на основу неке још раније издате повеље за Липљанску епископију, тј. Уроша I, што отвара питање оснивања и установљења Бањске епископије.[7]

Време оснивања Бањске епископије упућивало би на период 1286–1292. године, када се први пут помиње у Пљевљанском синодику православља, али под именом Ибарска.[8] Унутрашња реорганизација или припајање епископских седиште као последица територијалног ширења српске државе у време краља Милутина могу се пратити у изворима од осме деценије XIII века до краја друге деценије XIV века. Извори за историју Српске цркве не пружају довољно података, поткрепљени правним актима (канонима) како и на који начин се вршило проширивање мреже епископских катедри на територији Српске државе, тј. како су установљиване нове епархије, укидане или припајане другим епархијама. Озакоњене на сабору у присуству владара, повеље српских владара и оскудни подаци из житијне књижевности, као и рукописи појединих зборника, остају једини извори којим се може пратити унутрашња организација Српске цркве и њених епископских седишта, мада је све ово тешко видљиво и скоро непреознатљиво у постојећим изворима.[9]

Осим усамљеног помена Бањске епископије у житијима краља Милутина и архепископа Данила II, у званичним повељама и актима она се нигде не помиње. Хронологија оснивања ове епископије има занимљиви след догађаја. Наиме, једна од новооснованих епископија Српске цркве крајем XIII века била је Ибарска епископија. Област Ибра улазила је у састав првобитне преднемањићке Србије, јер је Немања управо ову област добио на управу кад је одрастао. Значајно место заузимала је ова област у мрежи трговачких путева од II века после Христа, када настаје велики број градова, а међу њима и *Municipium Daradanorum* (Сочаница), на Ибру, што се доводи у вези са развојем рударства. С друге стране, недостатак извора за ову епископију усложњава се њеним поистовећивањем с Кончулском епископијом. Животописац Данила II каже „да је на обали реке зване Ибар, на месту званом Кончул... прими монашки постриг Данило монах“. Тако, М. Пурковић и В. Марковић сматрају да је крајем XIII

радова у Бањској и постојеће стање откопане архитектуре током последњих неколико година,“, *Манастир Бањска и доба краља Милутина,* 2007, 377 380.

[7] М. Павловић, 128.

[8] Љуба Стојановић, „Требник манастира Св. Тројице код Пљеваља“, *Споме ник* 52/1922, 22 29.

[9] М. Јанковић, (1985), 43. М. Павловић, 128.

и до краја друге деценије XIV века, Српска архиепископија добила пет нових епископија, међу којима се налази и Бањска епископија, поистовећујћи је са Ибарском, Звечанском, Кончулском.[10] Остаје отворено питање лоцирања и јурисдикцијских граница Ибарске епископије, мада у науци влада мишљење да је Кончулска епископија уствари продужетак Бањске, иако је у Светостефанској хрисовуљи јасно наглашена њена јурисдикцијска потчињеност Рашкој епископији одмах након укидања Бањске епископије[11]. Област Бањске епископије је у Светостефанској хрисовуљи приликом њене предаје под духовну власт Рашког епископа назначила територијалну јурискикцију ове епископије, што би, с неким извесним одступањима, могла бити област којом се је простирала првобитна Ибарска, а касније Звечанска епископија.[12]

Ширењем јурсдикцијског подручја повећавао се и број епископија чија су седишта била у градовима. Од времена краља Милутина тежи се чак да при манастиру не буде седиште епископије (с изузецима нпр. Бањска), што потврђују бањска и арханђелска хрисовуља. Стога би се могло претпоставити да је врло брзо Ибарска епископија из поменутог разлога и преименована у Звечанску. Значајан допринос развоју градова у средњовековној српској држави дало је рударство, које нагло почиње да се развија од средине XIII века. Стога и преименовање Ибарске у Звечанску епископију, као и

[10] *Историја Српског народа*, 466. Данило Други, 8, 113, 115, 117. Љубомир Ковачевић, „Светостефанска хрисовуља“, *Споменик*, IV/1890, 9. Стефан Првовенчани, *Живот Симеона, Сабрани списи*, Београд, 1988, 65. Емил Черешков, „Municipium DD“, *Савез археолошких друштава Југославије*, X/1970, 1 120. Милан Ивановић, „Културна баштина Косова и Метохије“, *Старине Косова и Метохије* 10/1997, 17. Миодраг Пурковић, *Српски епископи и митрополити средњег века*, Скопље, 1937, 31 35. Гавро Шкриванић, „Мрежа путева према Светостефанској (1313 1318), Грачаничкој (1321), Дечанској (1330) и Светоарханђеловској (1348 1352) повељи“, *Историјски часопис* V/1954 1955, 389.

[11] Помен кончулског епископа у Светостефанској повељи, наводи историчаре да Кончулску епископију виде као продужетак Бањске или једне нове епископије, мада је у хрисовуљи јасно назначено да јурисдикцијски област манастира Бањске припада Рашком епископу. Оснивање Кончулске епископије евентуално би се могло ставити у 1319. годину, јер њено постојање као епископије митрополије потврђено је средином XV века (на основу рукописа Синтагме Матије Властара из 1453. године). Вид. Владимир Ћоровић, *Списи св. Саве*, XXXV XXXVI, Београд Ср. Карловци, 1928. Иларион Руварац, „Прилошци к објашњењу извора српске историје“, *Гласник СУД* 47/1879, 177 218.

[12] Стојан Новаковић, Земљишње радње Немањине“, *Годишњица Николе Чупића*, Ia/1877, 173 176. Радослав Грујић, „Епархијска властелинства у средњевековној Србији“, *Богословље* VII/1932, 98 107. Љ. Ковачевић, 9. Гавро Шкриванић, „Властелинство Св. Стефана у Бањској“, *Историјски часопис*, VI/1956, 177 199. Снежана Божанић, „Реконструкција међа Ибарског језгра Светостефанског властелинства“, *Манастир Бањска и доба краља Милутина*, 2007, 55, 71. Јованка Калић, „Рашко наслеђе у време Данила II“, *Архиепископ Данило II и његово доба*, 1991, 48.

могућност да се њена катедра једно време налазила у Звечану, ишло би у прилог чињеници да близина рудника Трепче и експанзија рударске производње у доба краља Милутина, оправдава и премештај њене епископске катедре.[13] Рукопис у коме се налази податак о овој епископији датира из 1286–1292. године, налази се у Пљевљанском синодику православља, и идиректно указује да постојање ове епископије треба тражити у време архиепископа Јакова (1286–1292) и Јевстатија II (1292–1309). Текст поименице наводи имена епископа Српске цркве као и попис и ранг постојећих епископија, где у делу текста наилазимо на помен Ибарског епископа Данила, који вероватно није био међу живима почетком 1292. године. Почетком XIV века помиње се у повељи за манастир Хиландар (1301–1303/5), у документима за Хрусијски пирг, једна нова епископија под називом – Звечанска, односно њен епископ Данило. Наиме, на основу пописа епископа из Пљевљанског синодика православља, који доноси идентичан број од једанаест епископија са изузетком дванаесте нове Скопске епископије у актима за Хрусијски пирг, уочава се да је само назив једне, епископије Ибарске промењен другим у Звечанску, којом се према седишту епископске катедре, у горњем току Ибра, ближе одређује њен положај и назив епископског седишта.[14]

О Бањској епископији у владарским повељама као изворима за историју цркве нема помена. Из житија краља Милутина и архиепископа Данила II, за Бањску епископију везује се име бањског епископа Данила II (1312–1314), потоњег српског архиепископа Да-

[13] *Византијски извори за историју народа Југославије*, I, Београд, 1955, 386. Седиште нових епископских катедри у време светога Саве било је у манастирима. И сам св. Сава живео је у манастиру Жича, а и остали епископи живели су у манастирима на челу манастирског братства. Манастиру су били и економски обезбеђени, на чијој су економској сигурности радили свети Сава и Стефан Првовенчани. Вид. М. Јанковић, (1985), 32. У средњовековној терминологији, под тргом су подразумевани и роба којом се тргује и место где се обавља куповина и продаја. Оваква места усталила су се по сеоским насељима, у близини цркава и манастира, или под зидинама неког утврђења. О трговима у подножју утврђења сачувана су непотпуна обавештења, међутим за тргове у Звечану и Брвенику зна се да су их посећивали трговци из примирских градова или су пословни људи са ових тргова долазили у приморске градове. Значајни тргови налазили су се у градским насељима, који нису основани нити су се развили у унутрашњости српске државе, већ су стечени припајањем освојених византијских територија. Из долине Ибра путеви су водили на више страна. Од Звечана или Трепче ишло се за Приштину, Липљан, Скопље и даље на југ, а из Приштине и Липљана скретало се према истоку за Ново Брдо. Вид. *Византијски извори*, 386. Свети Сава, *Житије Светог Симеона*, *Сабрана дела*, 1998, 150. *Историја Српског народа*, 383 384. Љ. Ковачевић, 2. Михаило Динић, *Из српске историје средњег века*, Београд, 2003, 670. Божидар Зарковић, „Светостефанска повеља као извор за историју рударства“, *Манастир Бањска и доба краља Милутина*, 73 79.

[14] Franz Miklosich, *Monumenta Serbica*, Vienne, 1858, 60. Владимир Мошин, „Сербскаја редакција в недељу православија“, Византиски временик, XVII, 1960, 305, пар. 22. Сава, епископ шумадијски, *Српски јерарси*, Крагујевац, 1996, 151.

нила II (1324–1337). Данило је постао епископ Бањски, онда како житије каже, када се „беше представио епископ тога места“ и када „беше велика невоља. Јер сва његова властела одметнуше се... али још више је био у скрби за славни манастир светога Стефана, место звано Бањска“.[15] За прецизнију датацију његовог именовања за Бањског епископа, два су кључна догађаја: изградња манастира св. Стефана у Бањској и хронологија завршетка сукоба између браће Драгутина и Милутина.

Изградња манастира св. Стефана вероватно да је започела одмах по завршетку сукоба између браће. Наиме, Данило у житију краља Милутина овако приповеда о отпочињању изградње цркве св. Стефана у Бањској: „И договоривши се са светом и блаженом матером својом још за живота, монахињом Јеленом, и са телородним својим братом краљем Стефаном, и са преосвећеним архиепископом Савом трећим, поче зидати храм у име светог првомученика и апостола Христова Стефана, када је у то време био у том манастиру блажени и Богом изабрани монах, свеосвећени епископ кир Данило“.[16] Вероватно да је овај договор био по свему судећи између 1311. и 1313. године, јер се помиње и краљица мајка, што би могао бити узет као временска одредница за отпочињање радова док завршетак градње био би у крајњем случају 1317. у време коначног обрачуна између браће. Тада је Данилу била поверена на чување Милутинова ризница у манастиру Бањској и да се брине о свршетку храма св. Стефана. У житију стоји да је: „примио тај манастир и би наречен Данило свеосвећени епископ“. Ако је сукоб између браће био завршен 1311–1312. године, поставља се питање када је Данило изабран био за епископа Бањског. На основу оскудних историјских извора, а ако се узму обзир историјски подаци, вероватно да је Данило био изабран пре измирења браће 1311. године, тј. одмах по упокојењу епископа звечанског Данила 1303/4, „епископа тог места“, а у време када се, како помиње житије, властела одметнула и Милутин није имао никога на кога да се поузда.[17] Наиме, манастир није био довршен када се је упокојила краљица Јелена 1314. године, док би издавање заједничке повеље манастиру Бањској, 1314–1316. године било време када је Бањска епископија укинута као епископија

15 Данилови настављачи, 102.

16 Данило Други, *Животи краљева и архиепископа*, 141.

17 Данилови настављачи, 102, 103 104. Данило Други, 141. Миодраг Пурковић, „Ка хронологији живота архиепископа Данила II“, *Гласник патријаршије* 33/10, 1952, 237 238. Ђорђе Трифуновић, „Проза архиепископа Данила II“ *Књижевна историја* IX/33, 1976, 3 71. Димитрије Богдановић, *Историја српске књижевности*, Београд, 1980, 175 178. Милан Кашанин, *Српска књижевност у средњем веку*, Београд, 1975, 210 233. Мирјана Живојиновић, „Житије архиепископа Данила II као извор за ратовање Каталанске компаније“, *Зборник радова византолошког института* 19/1980, 251 273. Љ. Ковачевић, 2.

Српске православне цркве и сведена на степен игуманије.[18] Епископ Данило носио је титулу бањског епископа све до свог избора за хумског епископа 1317. године, мада се вероватно већ крајем 1314. или почетком 1315. године повукао у Свету гору, пре завршетка радова на цркви св. Стефана у Бањској, а после упокојења краљице Јелене у фебруару 1314. године.[19]

Оснивање епископија, промена епископских столица, прогласи митрополија – у средњовековној Србији доношени су на државним саборима, на којима су учествовали црквени и државни поглавари (архиепископ, епископи, игумани, владар и властела).[20] Наши извори говоре о таквим случајевима, на пример, разматрање неких имовинских питања Липљанске епископије 1314–1316. године, која су краљ Милутин и Драгутин заједно с архиепископом Савом III решавали вероватно на сабору,[21] а постају и смерница за временско одређивање Бањске епископије, тј. њеног оснивања као и њеног укидања, озакоњеног државно-црквеним сабором и владарском хрисовуљом.[22]

3. КАНОНСКО-ЦРКВЕНИ АСПЕКТ

Нема сумње да је оснивање нове епископије, у овом случају Ибарске, Звечанске или Бањске, следило канонске норме и правила признатих и Богом надахнутих васељенских и помесних сабора. Наиме, ширење и оснивање нових епископских катедри има своју законску потпору у IV Вас. 17 које каже: „...Али ако је царском влашћу основан нови град, или се напред оснује, у таквом случају разређење црквених области нека следи разређењу државном и грађанском“, што потврђује и VI Вас. 38.[23] Да би се оправдало оснивање временски краткопостојеће епископије, могло би се претпоставити да се канонско оправдање може потражити у правилима 53, 54 и 98 Картаг., који дозвољавају да одређене историјске околности изискују оснивање нове епископске катедре.[24]

Биографи светога Саве, Доментијан и Теодосије, подвлаче да је по његовом повратку у Србију, Сава из Солуна донео преписане „законске књиге“, како би приступио раду на организовању новоо-

[18] Данилови настављачи, 103. Љ. Ковачевић, 1 11.

[19] Данило Други, 100 104. Данилови настављачи*,* 102 105. М. Јанковић, (1991), 84 85.

[20] F. Miklosich, 64.

[21] М. Павловић, 128.

[22] М. Јанковић, (1985), 70. Љ. Ковачевић, 1, 2.

[23] Никодим Милаш, *Правила православне цркве с тумачењима*, Београд Шибеник, 2004, 369.

[24] Н. Милаш, (2004), 188 192, 233 234.

сноване Српске цркве.[25] С правом М. Петровић, у поговору о *Законоправилу Светага Саве*, каже: „без тих књига незамисливо би било оснивање и устројство самосталне Српске цркве на прелазу у трећу деценију XIII века, као и учвршћивање самодржавности Србије. Из *Законоправила* је израсла Аутокефална архиепископија у Србији, а из Архиепископије право српских црквених поглавара да сама крунише српске владаре краљевском круном, која од тада никада више није тражена од римског папе. За постизање тако узвишеног задатка, светом Сави је било потребно да пред цариградског патријарха и византијског цара, тада у Никеји, изађе не само са обичном молбом, него и са таквом номоканонском књигом чија садржина треба да их увери у то да ће помоћу ње хришћански живот у Србији бити ваљано уређен. Требало је, другим речима, да се закључи да ће помоћу *Законоправила* Српска православна црква бити и остати у потпуном црквеном, саборном, догматском, канонском и литургијском јединству са свима помесним православним црквама. По примерак рукописног законоправила добили су у руке сви епископи новооснoване Аутокефалне архиепископије у Србији са обавезом да по њему сваки у границама своје епископије паствује и управља свеукупним црквеним животом“.[26] Реч је о *Законоправилу* (Крмчији), основном законику Српске православне цркве који је регулисао правни и црквени живот и цркве и државе.[27] Иако су нас Доментијан и Теодосије оставили без одговора на низ важних питања, која су у вези са извођењем нове црквене организације, остаје сигурно да је она извођена и регулисана приређеним Савиним закоником, *Законоправилом*, што потврђују и његови биографи. Тако Теодосије каже да је свети Сава дао иницијативу за сазивање државног сабора на коме је краљ Стефан крунисан, али се из његовог казивања не види да ли су избор или постављење нових епископа били извршени без учешћа или са учешћем сабора. Приликом избора нових епископа Доментијан каже да: „сатворивши нове епископе које је поставио на њихове епископске катедре, поучивши их, свакоме од њих је предао по једну законску књигу“. То исто, али у краћој форми, потврђује и

[25] Доментијан, *Живот светога Саве и живот светога Симеона*, Београд, 1988, 141. Теодосије, *Житија*, Београд, 1988, 21.

[26] *Законоправило Светога Саве на српскословенском и српском језику*, 1, (приредио Миодраг Петровић), Манастир Жича, 2004, XII. М. Петровић, „Свети Сава као састављач и преводилац Законоправила српског Номоканона“, *Историјски часопис* XLIX/2002, 30.

[27] Сергије Троицки, „Ко је превео Крмчију са тумачењима“, *Глас САН* 193/1949, 137. исти, „Црквено политичка идеологија светосавске Крмчије и Властаpове Синтагме“, *Глас САН* 212/1953, 173. Никодим Милаш, *О канонским зборницима православне цркве*, Нови Сад, 1886, 143. Номоканон са Прохироном с тумачењима Аристиновим и Зонариним, настао је у Цариграду 1159 1169. године, а преведен је око 1219. године старањем св. Саве. Вид. В. Ћоровић,„ XLIX.

Теодосије, који каже: „да је св. Сава сваком новопостављеном епископу доделио по једну законску књигу уз поуку како треба да руководи својом паством“.[28]

Канонско правдање за оснивање и укидање Бањске епископије није разматрано у целости, а посебно са црквено-канонског аспекта. Одређене недоумице по питању оснивања, укидања и постављања новог епископа, као и његово право да напусти епископску катедру, у немањићкој Србији, у српској историјској науци није сагледавано ни са историјско-канонског аспекта. Нема сумње да је *Законоправило* св. Саве, и у време владавине краља Милутина, регулисало живот Цркве с канонско-правног аспекта, чија се примена, у изворима за историју Цркве, непосредно може наслутити. У случају оснивања и постављања за епископа Данила II, потоњег архиепископа, на Бањску епископску катедру, доводи се у питање легитимност његовог епископског достојанства, с обзиром на то да одрицања и повлачења с епископске катедре санкционише сабор, чија одлука мора бити у сагласности са канонима утврђеним на Васељенским саборима. У правилу IV Вас. 4 стоји: „Прикладно је да епископ пре свега буде постављен од свих епископа у области. А ако је то отежано, или због хитне потребе, или због удаљености, од свих нека се најмање тројица скупе на једно место, а од свих нека буде сагласно прибављена гласањем преко писама, тада нека се учини рукоположење (хиротонија). А ваљаност одлуке тога чина нека буде предочена митрополиту сваке области – епархије“.[29] Поред овог начина на који су редовно бирани епископи, постављање појединих епископа било је понекад и без формалног избора, него само услед именовања дотичног лица за епископа од стране државне власти, а након тог именовања били су подвргавани од стране епископа и митрополита да ли је достојно епископског чина, према Ап. 58. и 80. и VII Вас. 2, ако су га сматрали достојним хиротонисали су га и издавали му грамату. Често су оваква именовања епископа од стране владаоца била изазвана неопходношћу прилика.[30] То потврђује и пример епископа Данила II, чије је напредовање у црквеној каријери пратило низ противречности. Данилов избор за игумана Хиландара, које је било противно пропису типика и пракси, уследило је услед објективних околности које су потресале Свету гору у периоду од 1306. до 1311. године.[31] Напади Каталонаца на Свету гору и одбрана манастира Хи-

[28] Теодосије, 205.

[29] Н. Милаш, (2004), 334 339. *Законоправило*, 286 287. М. Петровић, „Пра вила о неповредивости граница црквених области“, *Хришћанска мисао* 1 3/1995, 28 29. исти. (2002), 30.

[30] Н. Милаш, (2004) 125 127, 155 157, 597 599. *Законоправило*, 286 287; 476 477.

[31] Мирјана Живојиновић, „Житије архиепископа Данила II као извор за ратовање Каталонске компаније“, *ЗРВИ* 19/1980, 252. Радомир Поповић, *Српска црква у историји*, Београд 2007, 167.

ландара, потврђује право сабора и владара да изабере оног кандидата, чије су личне способности најпогодније у датом тренутку. Тако и немири у Србији, изазавани сукобом браће, Данила II доводе на трон епископа Бањског и чувара краљеве ризнице у краљевској задужбини св. Стефана у Бањској у пресудним тренуцима за државу.[32] Црква је признавала у многим приликама владаоцима право да сами именују епископе у појединим областима. Стога ово правило није у супротности са Ап. 30, односно VII Вас. 3, јер оно није усмерено против владаоца, него против насилног утицања на избор епископа од стране грађанских власти. Да би уплитање световне власти било и званично озакоњено, издато је неколико законских уредба у смислу утврђивања овог владаочевог права при постављању епископа. Новела цара Нићифора Фоке (963–969) потврђује ово право, као и цара Исака Ангела из 1187. године, који је на молбу црквене власти издао царску диплому о избору епископа, дајући владаоцу право које му је црква признавала. Ово владалачко право свечано је озакоњено на једном цариградском синоду из 1317. године, које дозвољава да у православној цркви при постављању нових епископа владаоци имају право потврђивања кандидата од надлежних епископа или да лично назначе кандидата, чије би способности испитао епископски сабор.[33] У сагласности са овим правилима, требна поменути правило III Вас. 9. Према њему, епископ може изгубити достојанство епископског чина ако поднесе оставку на своју катедру (правила – ап. 34; 17 антиох.; 10 Петра алек.; 3 Кирила алек.), осим ако пре рукоположења за епископа поднесе писмену оставку. Канони цркве допуштају дотичном епископу да може слободно да напусти своју епископску катедру, само у случају ако пре хиротоније изјави да ће напустити своју катедру. Свака друга изјава дата после хиротоније, не само што се није уважавала, него се дотични епископ удаљавао из црквене заједнице уколико је остао при таквој изјави. Донекле, током времена се иступало из назначених правила, у зависности од околности, тако што сабор у неким приликама може да уважи поднесену оставку. Али, у том случају, оставка се подноси сабору, који мора да установи узрок њеног подношења, и тек онда она је могла бити уважена или не.[34] Канонска легитимност Данилове одлуке да напусти Бањску катедру, а имајући у виду напред наведене каноне, канонски је легитимна, указујући на доследност и саборно јединство Српске цркве са одлукама Отаца и *Законоправилом* св. Саве приликом примене у делатном животу. Данилов животописац индиректно ово и потврђује: „Блажени чувши ово веома се ожалости, јер није хтео да се разлучи од живота Свете горе и иночког правила, на које

[32] Данило Други, 103.

[33] Н. Милаш, (2004), 175 185, 87 89, 599 600. исти, (1902), 383. Сократ Схо ластик, *Историја цркве*, V, 162, Шибеник, 2002. Eusebbi Pamphili, De vita beatissimi imperatoris Constantini, III, LXI, *Patrologia Graeca*, 20, 1133 1136.

[34] Н. Милаш, (2004), 306 308, 309 318. *Законоправило*, 131, 281 283.

беше навикао и није обраћао пажње на речено му. А благочестиви краљ Урош многим мољењима и слатким речима једва га умоли, тако *обећавши* преподобноме, да га, ако се Божјом помоћу неповређен поврати, нећe *задржати* од Свете Горе“.[35]

Манастир Бањска је дуги низ година био предмет нарочите Милутинове пажње. У њега је краљ склонио ризницу и све своје богатство, када се спремао на рат са братом „и када се сви његови великаши беху одметнули од њега“. У овим одлучујућим тренуцима краљ Милутин позвао је из Хиландара игумана Данила, коме је указао поверење, да надгледа радове на његовој задужбини и брине се о повереном му богатству.[36] Овако тешку политичку ситуацију добро упућеног краља Милутина у оснивачка (ктиторска) права ктитора, он вешто користи оснивањем нове епископске катедре са седиштем у истоименом манастиру, предочивши Данилу колико му је стало да он постане бањски епископ и брине се о повереним му дужностима. Остаје отворено питање зашто? Један од одговора могао би се наћи у повластицама и ограничењима које повлачи са собом ктиторско право.

У личности епископа, следујући канонима Васељенских сабора (Ап. 38 канона), усредсређена је брига и старање о духовним потребама и о црквеној имовини. Сама реч епископ значи „надгледати, надзирати“. У српским средњовековним даровним повељама и житијима светих, отуђење црквене имовине покреће питање под којим условима и у којим околностима је Црква уступала своју имовину. Понекад су ктитори претварали своје ктиторске задужбине у епископске резиденције (нпр. манастир св. Стефана у Бањској који је претворен у епископију). Сличан пример имамо нешто касније када деспот Оливер, са одобрењем цара Душана, претвара манастир Лесново у епископију у присуству сабраног збора. Административна права ктитора састојала су се у праву постављања старешине и службеника у задужбини и праву надзора над управом задужбине. Ктитору је припадало право да предлаже надлежном епископу кандидата за игумана и за клирике у свом манастиру па чак и право постављања игумана од стране ктитора, али само када је реч о краљевским и царским манастирима [1 правило Цариградског сабора (861)].[37]

Многи манастири, па самим тим и игумани, на основу средњовековних српских повеља изузети су из власти надлежног епископа

35 Данилови настављачи, 103. Р. Поповић, (2007), 71.

36 Данилови настављачи, 102 103.

37 Н. Милаш, *Православно црквено право*, Мостар, 1902, 566. исти, 269 273. С. Троицки, „Ктиторско право у Византији и у немањићкој Србији“, *Гласник СКА* 186/1935, 81 132. исти, (1953), 189. Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњег века*, V, Београд, 1912, 677.

и потчињени владару. То су такозвани владарски манастири.[38] Извори нас обавештавају да је црквена имовина понекад престајала да буде власништво Цркве, због објективних тешкоћа, док су неки манастири и цркве који су били запуштени, често били повод да владар-дародавац постане други ктитор.[39] Епископ и игуман као и високи дотојанственици Цркве, били су и најодговорнији да се у пракси реализује завет ктитора, на првом месту владара-ктитора.[40] Отуђење црквене имовине, покретна и непокретна добра, нису се могла отуђити без благослова и одобрења надлежног епископа, ако су за то, према канонским одредбама, постојали оправдани разлози.[41] На основу сачуваних историјских извора најчешћи узурпатори црквене имовине била су моћна властела.[42] „Одметање" властеле у неким крајевима српских земаља услед слабљења централне власти, због сукоба двојице краљева, омогућило је да поједина властелинства неких епископија буду отуђена.[43] Надзирање радова на задужбини краља Милутина у манастиру св. Стефана у Бањској и чување краљеве ризнице, која је поверена једном од најпоузданијих људи из Милутинове околине, епископу Данилу II, у пракси осликава постојеће стање и реализује примену канонско-саборских одлука, у зависности од постојећих политичких околности.

4. ЗАКЉУЧАК

Основана да у немирним историјским временима буде ослонац пољуљане Милутинове владавине, Бањска епископија престаје да постоји када за то више није било потребе. Одлуке о оснивању и укидању епископских седишта у средњовековној Србији, па тако и Бањске епископије, темељиле су се на канонско-правном наслеђу Византије, с извесним посебностима које су специфичне за прилике у Српској држави и Цркви. Оправдање и канонско утемељење оснивања Бањске епископије, без обзира на кратак временски интервал њеног постојања, морало је да буде засновано на црквено-правним актима и канонима, из чега се могу спознати и неки други, историјски аспекти њеног основања. Нема сумње да је *Законопра-*

[38] Љ. Ковачевић, 2.

[39] О проблему управљања црквеном имовином, вид. Р. Поповић, (2007), 65 66.

[40] С. Троицки, (1935), 79 133. Василије Марковић, „Ктитори, њихове дуж ности и права", *Прилози за КЈИФ* 5/1925, 100 124.

[41] Правило 33. Картагенског сабора. Вид. Н. Милаш, (2004), 167 168.

[42] Данило Други, 103.

[43] Миодраг Павловић, „Грачаничка повеља", *Гласник СНД* 3/1928, 127.

вило св. Саве, и у време владавине краља Милутина, регулисало са канонскоправног аспекта живот цркве, чија се примена, у изворима за историју цркве, непосредно може наслутити. Ангажовање епископа Данила II у вези с изградњом задужбине краља Милутина и оснивањем Бањске епископије, у пракси осликава постојеће стање и примену канонско-саборских одлука, у зависности од постојећих политичких околности.

Dr. Dragana Janjić

Research Associate
Institute for Serbian Culture, Priština/Leposavić

CHURCH AND CANON LAW ASPECTS OF THE BANJSKA EPISCOPATE FOUNDATION

Summary

The author draws attention to the lack of data, in the literary genre of lives of the saints, on the decision and the circumstances of foundation of Banjska Episcopate. Records of the founding of the Episcopate should therefore be looked for in the existing ecclesiastical and canonical decisions, and in the manner of their application under different historical circumstances.

Key words: *Canon law. – Episcopate. – Jurisdiction. – Monastery. – Hagiography.*

ПРИКАЗИ

Др Борис Беговић*

Daron Acemoglu, James A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origin of Power, Prosperty and Poverty*, Profile Books, London 2012, 529.

Све више и више економисти се окрећу изворном питању које је поставио Адам Смит, оснивач економске науке: зашто су неки народи богати, а неки сиромашни? Покушавајући да одговоре на то питање, аутори у овој књизи практично сумирају резултате свог скоро двадесетогодишњег истраживања порекла моћи, просперитета и сиромаштва. И за оне који прате њихов рад, сасвим очекивано, одговор на то питање лежи у – институцијама. Онако како их схватају економисти – правилима игре у међусобном опхођењу појединаца.

Први основни налаз аутора је да добре економске институције воде просперитету, а лоше сиромаштву. И то независно од дејства свих других фактора који, то аутори не споре, утичу на привредни раст – одлучујући утицај имају економске институције. А њих, то је други основни налаз, условљавају политичке институције, односно политичке одлуке о економским институцијама које се доносе унутар политичких институција. Користећи такав концептуални оквир, аутори закључују да је, макар на дуги рок посматрано, неизбежно да карактер политичких и економских институција буде усклађен. И тако се долази до основне дихотомије: екстрактивне (лоше) и инклузивне (добре) економске и политичке институције. Екстрактивне економске институције омогућавају заштиту од конкуренције и конкурентског притиска и тиме стварање ренти за мали број привилегованих, за политичку и с њом повезану пословну елиту, па стога не стварају претпоставке за одрживи привредни раст и за прелазак пута од сиромаштва ка просперитету. Насупрот томе, инклузивне економске институције отварају простор за неспутану конкуренцију, која подразумева да не постоје баријере уласку, што омогућава да се у тржишна надметања под равноправним условима укључе сви заинтересовани и да имају подстицаје да максимизују своју ефи-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално демократске студије.

касност, чиме се стварају претпоставке за одрживи привредни раст. Такође, инклузивне политичке институције, за разлику од екстрактивних, омогућавају исказивање сопствених економских интереса, односно преференција и слободно артикулисање тих интереса свих појединаца који чине једно друштво. Дакле, економске и политичке институције деле се по истом принципу, на екстрактивне и инклузивне: подела која у много чему подсећа на поделу на друштва отвореног приступа и она која то нису.[1]

Питање како се формирају политичке институције је од велике важности, с обзиром на то да аутори примењују железно правило да политичке институције детерминишу економске, па самим тим и исходе у погледу просперитета и сиромаштва. Разлоге за сиромаштво треба искључиво тражити у политичкој сфери. Стога се и овај приступ привредном расту може окарактерисати као политички детерминизам. Политичке институције се формирају на основу односа политичких снага између различитих интересних група, а аутори често инсистирају на подели између елите и поданика. При томе, кључну улогу имају тзв. критична раскршћа, тј. тектонски поремећаји који доводе до потпуне промене расподеле моћи у зависности од тога како се према тој промени поставе најбитнији играчи. У таква критична раскршћа аутори сврставају, на пример, „црну смрт" (епидемију куге која је повела до драстичног пада понуде радне снаге у Европи) и откриће Америке (коју је пратило откриће других прекоморских путева и успостављање прекоморске трговине, као и колонизација америчког континента). У зависности од тога како се различите интересне групе прилагоде тектонским променама до којих доводе критична раскршћа, долази до промене односа политичких снага и мењања политичких институција, а то доводи и до промене економских. Не постоји историјска неминовност.

Историја колонизације, наравно, нуди обиље материјала за илустровање наведених теза, како у земљама колонизатора, тако и у колонизованим земљама, при чему је колонизација Америке омиљена тема аутора, нарочито екстрактивне институције настале по колонизацији средње и јужне Америке. Настанак тих институција објашњава се жељом колонизатора за експлоатацијом великих природних богатстава (ипак и географија игра неку улогу) и високом стопом њиховог морталитета у новооткривеним земљама. Тако и настају институције које омогућавају брзу екстракцију богатства, како би се оно што брже слило у метрополу – највећи део плена круни, а неки проценат и поданицима круне који су марљиво радили

[1] Концепција друштва отвореног приступа изнесена је у књизи: Douglass North, *et al*,. *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, приказаној у часопису *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010.

на тој екстракцији, која би слободнијим језиком могла да се назове пљачком. Долазак пљачкашки настројених и војно ефикасних конкистадора довело је до уништавања постојеће аутохтоне цивилизације која је имала неки степен инклузивности својих економских института и која је омогућавала какав-такав просперитет. Отуда су и Инке од колико-толико слободних сељака и рудара постали робови у рудницима злата и сребра које се одмах пребацивало у метрополу. Не ради се (само) о питању праведности. Овакав преокрет погоршао је економску ефикасност и удаљио земљу од просперитета. И не ради се само о Латинској Америци, већ и о многим деловима Африке и Азије. Долазак западних колонизатора, без обзира на то под којом су били заставом, углавном је донео успостављање екстрактивних политичких и економских института, пад економске ефикасности и историјско назадовање колонизованих земаља.

Књига обилује примерима из историје цивилизације, почев од Римске републике, преко Млетачке републике, закључно са савременом Кином. Велике промене су сагледаване у многим земљама и регионима, али је ипак највише пажње посвећено колонизацији Америке, мада ни други континенти нису запостављени. Ипак, ово није историографска књига, односно ова књига не претендује да буде кратка економска историја света. Историја у овој књизи служи само да илуструје основну тезу о карактеру институција и да је нешто даље разради, односно да опише механизме којим различите институције доводе до различитих исхода.

Тиме се одбија прва критика која се појавила из пера историчара Доминика Сандбрука (*Dominic Sandbrook*), која се може сажети на његово реторичко питање да ли економисти могу да се баве историографијом. Ово није историографија, економска или било каква друга. Ово је књига из теорије привредног раста. То што у њој нема математичких модела, омиљеног средства економиста да колегама из других друштвених наука препрече улазак у забран, само је показатељ врлине аутора, који не желе да њихова књига заврши искључиво у рукама малог броја професионалаца. Ваљда би историчари могли да имају разумевања за такав приступ у време у коме је романсирана историографија, попут књига Најла Фергусона (*Nail Ferguson*), добила пуни легитимитет, управо због жеље да се историја приближи онима који нису професионалци. Па ваљда могу и економисти то исто да чине!

Друга критика стиже од Франсиса Фукујаме (*Francis Fukuyama*) и усредсређена је на то да је дихотомија екстрактивне-инклузивне институције аналитички исувише сиромашна. Прво, према Фукујами, све се своди на дигиталну алтернативу (1 или 0), а друго из књиге се не види садржај једне, односно друге врсте институција. Што се

свођења на или-или поделу, она је уобичајена моделска подела и нико не спори да у стварности земље карактерише скуп институција који се налази негде између једне и друге теоријске крајности. Ово је стандардна методологија економске науке. То што је неко *a priori* не прихвата не значи да она не даје добре резултате. Садржај инклузивних економских и политичких институција се врло добро може сагледати управо кроз бројне примере, епизоде из људске историје. Инклузивне економске институције обухватају институције економских слобода: слободу уживања својинских права, која се остварују путем универзалне заштите тих права, дакле заштите својинских права свих појединаца, слободу уговарања и слободу обављања делатности, тј. слободу уласка у грану – укратко, институције слободног тржишта. Инклузивне економске институције онако како их описују аутори заиста представљају кључне економске слободе, а залагање за њих у овој књизи од ње чини прави манифест економског либерализма. Због чега то аутори не називају тим именом? Можда из страха да се на њих не свали одијум неолиберализма, те нове универзалне клетве на рачун оних који сматрају да је тржиште ипак најбољи регулатор привредних активности. Јасно је и то шта су инклузивне политичке институције, које се своде на институције политичких слобода, односно демократије – оне институције које омогућавају да свако у процес политичког одлучивање унесе своје интересе и одговарајуће политичке преференције.

Ипак, можда је највећи проблем ове концепције то што допушта само један начин успостављања и одржавања економских институција – кроз политички процес који је детерминисан политичким институцијама. Проблем је, дакле, политички детерминизам, који је у овој књизи заменио историјски. Овакав монопол приступа „одозго надоле" не допушта могућност да економске институције настају спонтано „одоздо нагоре". Унутар оваквог теоријског приступа не може се објаснити настанак тако важних економских институција као што су новац, ограничена одговорност, акционарско и командитно друштво, итд. То што су наведене институције касније „озваничене" у политичком процесу, па су законом постале обавезне или допуштене, друга је ствар – оне нису настале у политичком процесу, него спонтано, деловањем институционалних предузетника коју су тражили решење за одређени економски проблем, пре свега за високе трансакционе трошкове.

Други проблем ове концепције лежи у карактеру политичког детерминизма. Начин на који је он примењен у овој књизи своди се на то да карактер политичких институција детерминише карактер економских. Самим тим, елиминише се могућност да унутар екстрактивних политичких институција настану (макар делимично) инклузивне економске. Тиме се долази до проблема у објашњењу кинеског

привредног раста. Извесно је, наиме, да је тај раст настао због економске либерализације, тј. због тога што су економске институције у Кини постале више инклузивне, али та институционална промена, иако је последица одлука које су донесене у политичким процесу, догодила се без промене политичких институција. Њих је онемогућио небески мир на тргу.

Кина је савремени пример како се променом економских институција остварује привредни раст и како се из сиромаштва прелази у просперитет. Промена, међутим, може да има и други смер. Вероватно да је за Европљане најзначајнији пример Венеције, негдашње трговачке и поморске велесиле, која је тај свој статус прибавила инклузивним (за то време) политичким и економским институцијама, што је омогућило да се размахне предузетништво, слободна приватна иницијатива и иновативност. Оног тренутка, међутим, када је Луждов савет, увођењем *Златне књиге*, променио карактер политичких и економских институција, када је створио баријере уласку, нестало је предузетништва, Венеција је изгубила статус велесиле и данас је само мртав град, који тоне под најездом туриста. Поучна прича за целу Европу, нарочито за Европску унију која чини све што може да, под разним образложењима, уводи све више и више баријера уласку и тиме умањује слободу предузетништва. Време је за узбуну!

А где је ту Србија? Критично раскршће до кога је довео пад комунизма Србија је дочекала самозадовољно неспремна, а на њега још увек није одлучно реаговала. Загледана у своју прошлост, омамљена жалом за старим добрим временима, опчињена неправдама које јој се чине, као да још увек није ни схватила шта се догодило и колико се, прилагођавајући се новонасталој ситуацији, свет око ње променио. Да ли ће у некој сличној књизи за сто година Србија бити пример назадовања на коме ће да се уче нове генерације? Нажалост, тако нешто није незамисливо.

Др Милош Живковић*

Владимир В. Водинелић, *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, 528.

Појављивање сасвим новог уџбеника из уводног и општег дела грађанског права у нашој правној литератури веома је ретко. Мада се прикази уџбеника ретко објављују, чини се да овог пута то може бити умесно и корисно. Уосталом, ова књига и није обичан уџбеник. Разлог лежи пре свега у чињеници да је реч о подухвату који изискује дубоко познавање врло обимне и разноврсне правне материје, познавање које захтева године преданог научног рада и оригиналног промишљања, праћења врло богате упоредне литературе и законодавства и анализе домаћих, веома несређених прописа у овој области. Поред тога, већина уџбеника из ове области у нашој литератури (најчешће названих „Увод у грађанско право" или „Грађанско право – Општи део") прати излагања и систематику неких страних узора, што је пракса која је установљена још у литератури из прве половине прошлог века. Оригинални уџбеници из ове области представљају истинску реткост (што уосталом важи и за упоредноправну литературу). Тако нешто би се могло рећи само за уџбеник Андрије Гамса, који је изградио оригинална или на својствен начин укомпоновао постојећа схватања о већини основних грађанскоправних појмова и установа, уподобивши их донекле и времену у ком је књига настала, односно идеолошким границама које су биле наметнуте споља. Водинелић је већ био коаутор једног од уџбеника из те области (уз пок. Обрена Станковића) који се већ пар деценија примењује као основно учило на Правном факултету у Београду (алтернативно с уџбеником пок. Драгољуба Стојановића и Оливера Антића). Због преране смрти другог аутора, овај уџбеник никада није до краја системски заокружен, а већ је више од 15 година прошло од његовог последњег ажурирања, па је, разумљиво, у приличној мери застарео. Појава самосталног Водинелићевог дела је отуд нешто што се већ дуже времена очекивало.

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

Водинелић је један од водећих српских цивилиста, признат и ван граница Србије и бивше Југославије, који се одликује великом ерудицијом и темељним и узорним праћењем литературе, првенствено на немачком, али и на енглеском и (мање) француском језику. Ставови које истиче у својим написима увек су веома темељно образожени и засновани су на енциклопедијском познавању домаће и упоредне литературе. Међу млађим цивилистима, познато је да је, разуме се у научном смислу, врло тешко супротставити се ставовима које заступа Водинелић, јер је потребно врло широко знање и прецизна аргументација како би такво супротстављање било довољно озбиљно. Методолошки Водинелић припада „немачкој школи“, детаљан је у образложењу ставова које заступа и врло прецизан. Поврх свега, а доказ томе је дело које се приказује, Водинелић има неуобичајену дозу духовне и интелектуалне смелости и оригиналности – његови радови никад нису само исцрпно навођење туђих схватања и теорија, већ се по правилу одликују изношењем идеја које су оригиналне, и то не само у оквирима српске цивилистике. Зато је разумљиво да је његов уџбеник, у научним круговима а посебно међу његовим ученицима, био нестрпљиво ишчекиван.

Овај текст је устројен према схватањима које је Водинелић изнео још 1991. године у својим „Уводним темама“ (*Грађанско право: Уводне теме*, Номос, Београд 1991). Отуд се овде прави јасна разлика између Увода у грађанско право, као дела материје која се бави грађанским правом али није његов део, и Општег дела грађанског права, које представља део грађанског права заједнички за све посебне делове. Књига има 528 страница текста (са садржајем и навођењем коришћених скраћеница) и подељена је на три дела неједнаког обима: почиње кратким Прегледом (21–28), који садржи врло кратак увод о томе шта је грађанско право и из чега се састоји, те укратко објашњава систематику уџбеника; наставља се делом који обрађује Увод у грађанско право (29–184) и завршава најобимнијим делом у коме је изложен Општи део грађанског права (185–528).

Други део, Увод у грађанско право, подељен је на осам целина (глава), и то: појам и систем грађанског права, предмет и метод, грађанско право у систему права, упоредно грађанско право и историја грађанског права, извори грађанског права, грађанскоправни појмови, грађанскоправне норме и грађанскоправно тумачење, конкретизација и попуњавање правних празнина. Неке од ових тема Водинелић је обрадио још у коауторском уџбенику с О. Станковићем, али су овде додатно продубљене и проширене, а неке је уџбенички обрадио први пут. Имајући у виду да форма приказа не оставља простора за показивање и анализу свих (бројних) новина садржаних у овом делу, биће поменуте само неке, које овој књизи дају и карактер научног рада.

Тако, говорећи о изворима грађанског права (које иначе схвата шире него што је то у досадашњој српској цивилистици уобичајено), Водинелић први пут у једном уџбенику грађанског права чини (необично важно) разликовање између хијерархије важења и хијерархије примене, које је посебно значајно за правилну примену Европске конвенције о људским правима (даље: ЕКЉП) и њене одредбе које имају последице за област грађанског права. Суштина овог разликовања састоји се у могућности да ЕКЉП, иако је извор нижег ранга по важењу, ужива првенство у примени у односу на националне изворе, који ће се примењивати само ако су у складу с одредбама ЕКЉП чак и кад су изнад ње по хијерархији важења. Врло занимљиве су и целине о грађанскоправним појмовима и грађанскоправним нормама, пошто на кратак и разумљив (на енглеском би се рекло *nutshell*) начин приближавају ову сложену материју читаоцу, па се могу користити као својеврсна референтна листа врста правних појмова (укључујући и врсте дефиниција) и норми. Примера ради, Водинелић даје једанаест различитих подела грађанскоправних норми на врсте, а поред оних уобичајених износи и неке које су, бар за српску цивилистику, нове – нпр. подела на норме-начела, норме-правила, норме-изузетке и апсолутне норме, или истицање мешовитих, делимично когентних, а делимично диспозитивних норми. Најпосле, и целина о тумачењу представља освежење, јер садржи приказ стања савремене грађанскоправне теорије о овом питању, чиме се неки стари ставови, који се обично некритички понављају у уџбеничкој литератури, стављају под знак питања, и предочавају се нови одговори до којих је дошла савремена правна наука. У том смислу, врло је значајно истицање чињенице да правна норма своје пуно значење добија тек у примени, која је завршни чин стварања норме, те да једна норма по правилу нема само један једини исправан смисао (тумачење, конкретизацију односно попуњавање празнине), већ да је исправан сваки смисао до ког се дође на методолошки исправан начин. Такође, Водинелић истиче да нема једног јединог критеријума за избор најбољег од више могућих тумачења (конкретизације, односно попуњавања празнине) који би важио увек, већ се морају вагати аргументи за и против сваког од методолошки исправних решења у сваком конкретном случају. Ако се томе дода да ни правила тумачења нису тако прецизна, јасан је став да примена права никада није тек пуко аутоматско, механичко подвођење чињеничног скупа једног случаја под правну норму, већ је увек и стваралачки чин. Кад је реч о тумачењу прописа, Водинелић поред уобичајене квадрипартиције (језичко, историјско, системско, телеолошко) помиње и неке методе тумачења који су за наше правништво сразмерно нови – примера ради тумачење по последицама, које је у нашој судској пракси (укључујући и праксу Уставног суда) сасвим занемарено, тумачење

у складу с принципом практичне слоге, упоредноправно тумачење, итд.

Општи део се састоји од три одељка: о субјективним правима (који обухвата и излагања о имовини, стицању, преносу и престанку права те јемству и ограничењима, привиду (злоупотреби) и повреди и заштити права), о правним субјектима (правна, пословна и деликтна способност, као и идентитетска својства физичких лица; излагања о правним лицима; статусни положај животиња), те о правним чињеницама (појам, правни послови укључујући неважност, заступање, непословне радње, време).

И овај део устројен је на начин који није уобичајен у уџбеничкој литератури – не почиње излагањима о правним субјектима (што би било уобичајено, бар у српској цивилистици), већ излагањима о субјективним правима. Ова излагања се одликују највећим степеном оригиналности и новости. Сама дефиниција субјективног права разликује се од уобичајене „еклектичке", волунтаристичко-интересне дефиниције која је досад била уобичајена у уџбеничкој литератури: субјективно право је нека конкретно одређена могућност за лице, која је правном нормом потврђена (призната) или створена (дата) и праћена је обавезом других лица. Оно је, уз то, увек нека повољност за имаоца. Најпосле, правно релевантне способности (правна, пословна), које су такође неке правом признате или дате могућности, разликују се од субјективних права јер нису конкретне, већ су уопштене, апстрактне могућности. Ако би се могло рећи да су оваква дефиниција субјективног права, као и истицање права-обавеза, права-терета и разликовање субјективних права и правних позиција нови за српску цивилистику, мада нису посве нови за упоредну грађанскоправну теорију, истицање поделе на проста и сложена права (у зависности од броја овлашћења из којих се састоје), и то као полазна подела, јесте посве ново и оригинално код Водинелића.

Тек увођењем ове поделе дају се до краја објаснити одступања од неких класичних подела које су традиционално полазне у нашој литератури, попут поделе на апсолутна и релативна права, јер је могуће да појединa овлашћења која творе сложено право имају различиту квалификацију по тим класичним поделама, па је једно овлашћење само апсолутно по дејству, а друго релативно. И сама подела која је до појављивања Водинелићеве књиге у свим нашим уџбеницима била полазна, она на апсолутна и релативна права, обрађена је на друкчији (и доследнији) начин, и разграничена је од поделе на супротстављива и несупротстављива права с којом се обично меша. Супротстављивост се дефинише као опстанак права на неком објекту без обзира на то коме тај објекат припада, што се још назива и право следовања („укорењеност" у објекту), док апсолут-

ност односно релативност зависи од броја лица према којима право делује и садржини и одређености тог дејства. Од релативно нових подела ваља поменути ону која је инспирисана преовлађујућом у немачкој доктрини, извршену по садржини овлашћења и функцији права, на права припадања, власти, располагања, тражења, учешћа, преображаја и стицања, те поделу на права радњи и права стања, као и представљање схватања о безобјектним (које Водинелић не прихвата) и о безсубјектним правима (која Водинелић прихвата). Најпосле, у посебној глави Водинелић представља субјективна права по гранама грађанског права у ком се јављају (породична, стварна, облигациона, привредна, интелектуална, лична и наследна). Код излагања о правним субјектима ваља истаћи врло детаљну обраду правне способности физичких лица, која је значајно осавремењавање српске уџбеничке литературе у вези с овим институтом, јер су обрађена и питања која је пред право поставио развој модерне медицине. Обрада правних лица задржала је физиономију коју је Водинелић успоставио у постојећем коауторском уџбенику, само је ажурирана позитивним правом и новијом литературом у фуснотама. Битна новост је представљање правног положаја животиња, који се значајно мења последњих деценија, и који доводи до тога да, према Водинелићу, животиње данас имају правну способност кад је реч о одређеним личним правима (за имовинска права и било које обавезе је, још увек, немају, а немају ни пословну ни деликтну способност), што их, поред тога што су својеврстан објект права, чини и својеврсним субјектом, поред физичких и правних лица. Што се излагања о правним чињеницама тиче, излагања су, иако и даље необично исцрпна за српску цивилистику, више уобичајена по структури и садржају – ваља истаћи поделу правних послова на адресоване и неадресоване, која није била позната у српским уџбеницима досад, те детаљнија излагања о конверзији ништавих послова.

Форма приказа никако није довољна да би се истакли сви квалитети ове нове Водинелићеве књиге о грађанском праву. Она је исцрпна, информативна, и биће незаобилазна за све оне који се грађанским правом баве, поготово научно. Ипак, ако би трабало истаћи један квалитет као преовлађујући, то би била њена оригиналност. Сликовито речено, овде има оригиналних идеја за десет уџбеника, ако се као критеријум узме ниво оригиналности који је био довољан нашим правним писцима да се одваже да пишу „свој" уџбеник из неке области.

Што се замерки тиче, сем оних техничких – да би требало смањити број словних грешака, а поготово неке грешке које могу да збуне студента-читаоца (примера ради, у излагањима о пуномоћству се, на једном месту, наводи 'властодавац' а требало би да пише 'пуномоћник'), готово да их и нема, сем можда једне. Та једна, ако се

уопште може назвати замерком, своди се на чињеницу да ће студенти који буду морали да савладавају овај уџбеник-књигу учити најмање двоструко више од оних који тај предмет уче из других приручника. Другим речима, ентузијазам који научник у области грађанског права има у вези с овом књигом, попут писца овог приказа, готово извесно неће делити студенти који из ње треба да уче. Ово не значи да је књига неразумљиво писана и да није примерена могућностима разумевања студента основних студија. Напротив, она је занимљиво написана и успешно приближава читаоцу-лаику врло сложене правне институте које обрађује. Међутим, имајући у виду стално опадајуће критеријуме које је донео Болоњски процес, чини се да је књига, и кад се избаце делови писани петитом, преобимна и препуњена информацијама за учило на основним студијама, наравно ако се као критеријум узме просечан обим и захтеви који се на српским правним факултетима траже на овом предмету. С друге стране, књига је из истих разлога и сведочанство о томе колико је њен аутор натпросечан професор и научник.

Саво Манојловић, мастер права*

Јирген Хабермас, *Оглед о уставу Европе,* Фондација Центар за јавно право, Сарајево 2011, 130.

И више Европе! И више демократије! Тако би гласио идејни поклич Хабермасовог *Огледа о уставу Европе* (у даљем тексту: *Оглед*). Док се у реалности зарад функционалности евроинтеграција најчешће пренебрегава питање демократске легитимности, Хабермас ова два питања разрешава управо њиховим упаривањем. Демократија и Европа нису два елемента на којима он инсистира, већ је реч о једној недељивој честици. Европа здај! Али и демократија здај! Приближавање Европе грађанима врши се брисањем, односно истањивањем посредништва националних држава. Демократија се у *Огледу* схвата у пуном смислу уз непристајање на демократске позлате. Отуда, непосредни избор председника Европске уније „није ништа више од смоквиног листа за технократско самовлашће" Савета Европе (стр. 42). Да парафразирамо Де Гола – Хабермас не жели да инагурише хризантеме, већ да ствара историју! Договор националних влада који под претњом санкција треба да спроводе државни парламенти је отуда „конструкциона грешка" једне „допола спроведене Уније", која доводи до урушавања европске грађевине (стр. 113). Вертикални однос грађанин – наднационални ентитет се мора преломити и успоставити хоризонтални однос између грађана Европе који умрежавањем постају оспособљени за колективно деловање. Тако се успоставља цивилизирајуће дејство демократије и на наднационалном нивоу. Тиме се ауторитарни карактер власти амортизује, јер су „адресати принудних закона истовремено и њихови аутори" (стр. 49).

Хабермасов архитектонски кредо је да се наднационалном заједницом базираном на демократским постулатима одговара на изазове модерног доба. То се чини поделом суверености између „грађана Уније" и „држава Уније". Европски парламент се мора јаче приближити улози законодавца коју дели са Европским саветом. Су-

* Аутор је млађи саветник у Уставном суду Републике Србије.

вереност државе се, међутим, такође своди на сувереност грађанина. Појединац врши двоструку улогу. Он је грађанин Уније и грађанин државе. Без појединаца – грађана ЕУ који ће чинити европски народ, Унија је само „грађевина на песку“ (стр. 41–43).

Потку том хоризонталном умрежавању грађана чини „грађанска (наднационална) солидарност“, која је на примеру Грчке доживела луциферски пад. Недостатак грађанске солидарности је основна замерка данашњој Европи. Она је и циљ и средство интегрисања. Њоме би се вршило укључивање других европских народа – „када су они подвргнути међународно изнуђеним и социјално унеравнотеженим програмима штедње“ (стр. 76). Тиме се ствара јединство европског народа, а оно не може настати на „националним распуклинама“ на којима се „структурно одржава континуитет социјалне неједнакости“, без постојања „јединства животних односа“.

Оглед садржински превазилази тему омеђену насловом, јер аутор у дêлу „Од међународне према космополитској заједници“ разрађује идеју конституционализације светског друштва. Космополитизација светске политике је историјска мисија ЕУ. Ова два пројекта нису конкурентна; функционалност евроинтеграција је модел и подстрек за будуће космополитско друштво (стр. 85). Хабермас инсистира на непосредним изборима за светски парламент како би се извршила дебирократизација светске политике, која је одавно одвојена од грађанина. Концепту светске заједнице приступа са нешто више суптилности; спомиње мекше решење – „политички устав светског поретка“ и развој обавезујућих минималних стандарда (стр. 83–87). *Оглед* је несумњиво беочуг у ланцу филозофских дела која се баве конституисањем космополитске заједнице, а чији је камен-међаш Кантов *Вечни мир*.

Кључне тачке Хабермасовог демократског космополитизма су враћање бирократизованих спољних политика под контролу грађана, заједничко хватање у коштац с проблемима финансијског тржишта, високо-технолошким изазовима и еколошком одрживошћу. Хабермас одлази даље од успостављања координисане светске заједнице којом треба предупредити даље сукобе. Он инсистира на томе да, поред државе, појединац буде и (директни) конститутивни субјект наднационалног поретка.

Хабермас проблемима савременог друштва приступа с позиција економске левице. Главни проблем је „социјална неправда која вапи до неба и састоји се у томе да социјализирани трошкови заказивања система најјаче погађају најслабије социјалне групе (...) превањују на леђа масе која ионако не спада у добитнике глобализације (...) Судбина која кажњава изражава се и у глобалним размерама над економски најслабијим земљама“ (стр. 99). „Капитализам и демократија увијек су у напетом односу, јер тржиште и политика почивају на

супротстављеним принципима“ (стр. 105). Развој демократије Хабермас схвата као „правно кроћење Левијатана и класних антагонизама“, које је извршено уставним револуцијама у XVIII и XIX и ступањем на позорницу социјалне државе XX века (стр. 108). Државе „нису природне чињенице, иако нису ни само фикције (као у случају многих колинијално основаних држава)“, (стр. 77); и нису исцрпле своју функцију гаранта људских права, али су недовољна институција даљем развоју. Глобално друштво захтева ново институционално преламање, где ће грађанин делати као конститутивни *homo duplex* субјект националног и наднационалног нивоа. Преламање вертикалног (грађанин – држава) на хоризантални ниво (грађанин – грађанин), извршено је либералном уставношћу на унутардржавном нивоу и сада је ваља извршити и на наддржавном нивоу – обарањем вертикално успостављене транснационалне егзекутиве у хоризонталну раван. То ће се учинити укључивањем грађана који ће директним изборима за Европски и Светски парламент бирати своје представнике, што води транснационализацији политичких партија и постојећих националних јавности.

Оглед се састоји из два чланка објављена 2010. у научним часописима – *Концепт људског достојанства и реалистичне утопије људских права* и *Криза Европске уније у светлу конституционализације међународног права – оглед о уставу Европе*. Додаци су: интервју *Након банкронства*, објављен 2008. у недељнику *Die Zeit* и два публицистичка текста – *Требамо Европу! Нова изводљивост: да ли смо већ постали равнодушни према заједничкој будућности* (у публикацији преименован у *О судбини Европе одлучује се на евру)* и *Пакт за Европу или против ње?*

Излагање о концепту људског достојанства и реалистичној утопији људских права наизглед делује као вишак у *Огледу.* Људско достојанство је, кроз једну оригиналну историјску ретроспективу и луцидну аргументацију, представљено као основни катализатор, егзистенцијални минимум, морално извориште, сеизмограф, мотор (даљем) развоју људских права, категорички имератив, *основа* основних права... Реч је о аргументацијски заокруженој, дубинској правнофилозофској обради институције људских права. Сврха овог дела есеја је, међутим, мултифункционална. Изложено позиционирање појединца као конститутивног субјекта права и приказ унутардржавног хоризонталног преламања права кроз однос грађанин – грађанин, представљају мисаону потку за такво преламање на транснационалном нивоу, које се намеће као природни наставак.

Идеалистички утопизам изложеног концепта у *Огледу*, иако одише филозофском амбициозношћу, није скициран без свести о реалности. Уочене су кључне реалне тешкоће на сваком нивоу разматрања: светска економска криза, национална испарцелисаност

јавног мњења, недостатак солидарности, опијеност краткотрајном цикличношћу изборних процеса, „регресивни пад светске политике у нуклеарно наоружано, високо експлозивно хрвање око моћи" (стр. 104), „империјалистичка злоупотреба" људских права, некомпентентни покушаји деловања међународне заједнице (Сомалија, Руанда, Дафур) у којима „војске отписују смрт и беду невиног народа као 'колатералну штету' (Косово)", итд. Оглед је „неспојив" спој реализма и утопизма. Хабермас је за једног идеалисту невероватно реалан! Он препреке посматра као изазов. Целокупни развој људских права посматра у динамичком процесу, где тешкоће и падови имају улогу подстрекача. Реалистичним проблемима Хабермас супротставља мисаону агрументацију која пружа одговор на питање *зашто* (треба следити његов концепт), али не и *како*(?).

Предузимљивошћу Центра за јавно право, регионалној публици је, у истој години када је и немачки оригинал угледао светлост дана (2011), учињен доступним Хабермасов спис. Превод на ијекавици или језику који ћемо, како год га звали, свакако, не само разумети, већ због квалитетног превода, са задовољством читати. Преводилачки тандем (Един Шарчевић и Хана Сар) заслужује посебну похвалу. Направљен је фини баланс између употребе стручно-терминолошких туђица и налажења одговарајућих домаћих израза, што је леп – и данас несвојствен – гест неговања домаћег језика. Немачки језик је изгубио у преводима својствену му „оловну" тежину реченица и добио полетност без жртвовања дубине мисли.

Хабермасов *Оглед* приморава на размишљање, супротстављање, преиспитивање... То је крик уснулој друштвеној мисли која се врти у кругу *déjà vu* идеја. Пред нама је изазов, рукавица „бачена у лице", која тражи реакцију научних посленика; и то не само европског културног поднебља. *Оглед* је питање грађанину света: *Quo vadis*?

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милош Вукотић*

D.12.4.16 КУПОПРОДАЈА ИЛИ НЕОСНОВАНО ОБОГАЋЕЊЕ?

У XII књизи Дигеста налази се текст у којем Целз одбацује постојање купопродаје у ситуацији када једна страна даје новац да би добила роба. Међутим, таква ситуација, тј. новчана размена, увек у редовним околностима чини садржину контракта купопродаје, тако да се мора поставити питање зашто је Целз донео одлуку која је наизглед у супротности с општим правилима римског облигационог права? Разматрајући одговоре који су већ понуђени у литератури, аутор расправља неколико могућих решења и указује на основне дилеме које се јављају у сваком од њих. Као најједноставније објашњење истиче се могућност да је уговор закључен под чисто потестативним условом, док се по својој инвентивности истичу тезе о размени уз доплату и о посебној структури трансакције која је условила искључивање контрактне тужбе. Аутор заузима критички став према правилу о vacuat possessionem tradere и покушава да укаже на његов ограничени практични домашај.

Кључне речи: *Emptio venditio. Condictio causa data causa non secuta. Пренос својине. Консензус. Целз.*

1.УВОД

Фрагмент којим се овај рад бави је кратак, уопштен и недоречен. Посебно је занимљив због тога што се у његовом тумачењу сукобљавају два сасвим опречна става. Док се према првом текст може лако објаснити, са становишта другог овај одломак је међу најспорнијима у читавој Јустинијановој кодификацији. Текст гласи:

---

* Аутор је студент треће године основних студија Правног факултета Универзитета у Београду. Рад је представљен на међународном летњем семинару *Internationales Sommerseminar „Leges damnatae: Exegesetische Übungen in der antiken Rechtsgeschichte“* у Сегедину, 23 25. јуна 2011.

> D.12.4.16 (CELSUS libro tertio digestorum):
>
> Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

(Дао сам ти новац да ми даш роба Стиха. Да ли је реч о уговору који је делимично куповина и продаја или ова облигација није ништа друго до она која настаје из давања по основу који није испуњен? Ја сам наклоњен овом другом. Зато, ако је Стих мртав, могу повратити оно што сам ти дао да би ми дао Стиха. Замисли да је Стих у туђој својини, а ти си га ипак мени предао. Ја могу од тебе да повратим новац јер ниси пренео својину на робу. И даље, ако је Стих твој, али не желиш гарантовати за случај његове евикције, нећеш се ослободити мога захтева према теби за повраћај новца).

Одломак говори о случају када једна страна даје новац да би јој друга страна пренела својину на робу. Целз ту поставља питање – да ли је тај уговор (или однос или трансакција односно *contractus genus*) делимична продаја (или уговор који је сличан продаји), или само настаје облигација из неоснованог обогаћења. Закључивши да се ради о *datio ob rem*, Целз даје три могуће последице оваквог правног односа. Ако роб умре пре предаје, новац се може кондицирати (нема правила *periculum est emptoris*). То се може учинити и уколико се не пренесе својина на робу. Чак и у случају да се давалац роба не обавеже на одговорност у случају евикције, новац се може кондицирати. Али не зна се на основу чега је Целз формирао овакво мишљење. Одломак се налази у књизи 12, *De condictione causa data causa non secuta*, тако да је вероватно да су компилатори задржали само онај део изворног текста који је приказивао употребу кондикције када разлог давања није био остварен.

У вези са текстом јавља се неколико питања. Прво, зашто размена новца за роба није купопродаја? Да ли је тако због обавезе преноса својине (која не постоји у римској купопродаји), због намере странака или зато што контракт још увек није настао у тренутку о ком фрагмент говори? Друго, шта је смисао речи *pro portione* (или *proportione*) *emptionis et venditionis* и зашто се уопште постављало питање делимичне купопродаје или сличности са купопродајом? Најзад, зашто Целз искључује могућност употребе било које друге тужбе осим кондикције?

2. ПРЕНОС СВОЈИНЕ

Најстарије решење ових проблема потиче од глосатора Азона (*Azo*). Оно је до данас остало најједноставније. То решење каже да је Целз негирао постојање купопродаје зато што је уговорена обавеза преноса својине, што је супротно природи римске купопродаје, тј. обавези продавца да преда само *мирну државину*. Дакле, иманентно је овом објашњењу да се обавеза преноса мирне државине схвата као неизмењиво правило купопродаје римског права. У прилог томе често се наводи чињеница да није постојало процесно средство којим би се продавац принудио на пренос својине. Међутим, није извесно да таква обавеза није могла бити утужива путем *actio empti* у оквиру клаузуле *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. Та тужба је могла бити употребљена за све оно што је међу странкама уговорено, односно оно што једна другој дугују на основу добре вере.[1]

Уопште, тешко је без колебања прихватити идеју да се пренос својине није могао захтевати на основу купопродаје. Коначни циљ купопродаје је увек била новчана размена, што подразумева промену власника новца и промену власника објекта продаје. То је било редовно дејство продаје *rerum nec mancipi* и купопродаја је била један од основа за стицање својине одржајем. Штавише, у време настанка контракта, па вероватно чак и у време када је већ био формиран, својина је најчешће била материјализована, поистовећивана са ствари, односно објектом својине; није се правила јасна разлика између поседовања саме ствари у материјалном смислу и поседовања права на њој. У то време вероватно још увек није постојало догматско разликовање својине и државине. У том контексту, практично посматрано, захтевати предају ствари исто је што и захтевати пренос својине на ствари. Поред тога, на основу купопродаје се могла захтевати и манципација.[2] Аргумент да манципација није пренос својине, него само апстрактни посао преноса својине, иако тачан са становишта данашње теорије, био би сувише формалистички у објашњењу материјалног римског права. То значи да је могућност захтевања манципације уствари могућност захтевања преноса својине. Мало је вероватно да би класични римски правници захтевали пренос својине у апстрактном смислу, тј. саму чињеницу да својина прелази; они су захтевали акте преноса својине тј. ствар предати или манциповати. Право једино и може да захтева одређено понашање на које се неко може принудити, а додатно санкционише случај у ком то понашање не произведе очекивано дејство. Увек када је *mancipio dans* био власник, својина би била пренета. Да је постојала санкција за несавесног

[1] D.19.1.6.8; D.19.1.11.1; D.18.1.41.

[2] G. IV 131a.

продавца који прећути да није власник видимо из текста у којем Африканус наводи да је Јулијаново мишљење да се несавесни продавац може тужити путем *actio empti* и пре евикције.[3] Дакле, у римском праву није било директне санкције за неуспели пренос својине пре него што наступи евикција, али је продавац који зна и прећути чињеницу да продаје туђу ствар био санкционисан, што је сасвим у складу с начелом добре вере на коме је заснована тужба из купопродаје. То значи да се туђа ствар могла стећи на основу купопродаје само уз сагласност власника и купца или уз обострану савесност. У оба случају купац је морао рачунати на одржај.

Други текстови из Дигеста такође говоре о потпуној сагласности преноса својине с купопродајом; у D.19.5.5.1 Павле (*Paulus*) каже да се ради о купопродаји ако се за дати новац прихвати ствар (*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*), док Лабеон у D.18.1.80.3 изричито одбацује купопродају уколико је власник ствари споран и уколико својина не пређе на купца (*Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*). Све наведено говори да је својина била битна при закључивању купопродаје и сугерише да се њен пренос могао захтевати. У прилог овом ставу Бакленд (*Buckland*) цитира D.18 1.65 где се једна трансакција квалификује као купопродаја на основу преноса својине. Наиме, ако је плаћено да се направи одређен број плоча и оне буду направљене од материјала који припада наручиоцу, ради се о *locatio-conductio*, јер својина на плочама не прелази на наручиоца; оне су његове, јер је материјал његов, он „добија" само рад. У супротном случају, када мајстор изради плоче од свог материјала па их за цену преда наручиоцу, својина на плочама ће прећи на наручиоца и онда се ради о купопродаји.

Када је било могуће пренети својину, пренос се подразумевао, чак иако је био ограничен „само" на акт преноса.

У домаћој романистици, резерву према правилу *vacuam possessionem tradere* изразио је Стојчевић у свом уџбенику: „Пошто је *emptio-venditio* контракт *bonae fidei*, он обавезује продавца да учини највише што може за обезбеђење купца: да уступи купцу сва своја права на ствари, па и својину путем манципације, ако се ради о *res mancipi*. Зато том правилу не треба дати претерано велики значај: Римљани су увек сматрали да купопродаја има у основи за циљ да пренесе својину, само из низа практичних и историјских разлога преношење својине нису сматрали условом за испуњење контракта".[4]

[3] D.19.1.30.1.

[4] Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1972, 261.

Најзад, у Јустинијановом праву, укидањем разликовања између *res mancipi* и *res nec mancipi*, пренос својине излази ван строгих форми и ограничења која су постојала у класичном праву. И заиста, рећи у Дигестама да је продавац обавезан да преда мирну државину значи рећи да је обавезан на акт преноса својине.

С друге стране, тачно је да су у класичном праву постојали случајеви који су искључивали манципацију и пренос својине: трговина са перегринима, продаја провинцијског земљишта итд. Баш због тих случајева, римски правници су уопштено говорили о обавези *vacuam possessionem tradere, rem uti frui habere licere* тј. *rem praestare* и то је било диспозитивно правило. У том смислу, Де Зулуета (*de Zulueta*) каже: „One can understand that, if a general statement had to be made, it was better to deny than to affirm a general seller's duty rem emptoris facere." Он је сматрао да је фрагмент D.12.4.16 измењен, оштећен и да није вероватно да би било који правник тврдио да човек који обећа пренос својине не може бити продавац.[5]

Један Улпијанов одломак јасно говори у прилог диспозитивности правила о преносу својине:

> D.19.1.11 (Ulpianus libro 32 ad edictum) (1) *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. (2) *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur*.

(1. Прво треба знати да су у овој тужби обухваћене све престације које странке уговоре. То је тужба добре вере, а ништа више не одговара доброј вери него да уговорне странке одговарају за оно што су уговориле. Али ако ништа није уговорено [ништа посебно] онда одговарају за оно што је по природи ствари садржано у овој тужби. 2. На првом месту, продавац мора обезбедити саму ствар, тј. предати је. Ако је продавац био њен власник, учиниће купца власником, а ако није био, биће обавезан само у случају евикције, ако је новац исплаћен или је дато обезбеђење. Али купац мора учинити продавца власником новца.)

Улпијан недвосмислено каже да су странке по тужби на основу купопродаје одговорне за оно што су уговориле (*quod inter contrahentes actum est*), а ако ништа није уговорено (*si nihil convenit*),

[5] Francis de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1949, 37.

да одговарају за обавезе које су природне у тој врсти тужбе (*tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*). Затим излаже диспозитивне, „природне" обавезе, међу којима налазимо предају и гаранцију против евикције, као и обавезу купца да новац преда у својину продавца. Овде ће се занемарити услов који се односи на плаћање новца или давање обезбеђења, јер се он односи на питање консензуалности купопродаје, што није тема овог рада.[6]

Помпоније такође говори о подели на диспозитивне и изричито уговорене обавезе:

> D. 18.1.66.pr. (Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium) „*In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*"

(У продаји земљишта нешто се дугује иако није наведено, као да земљиште неће бити одузето нити плодоуживање на њему. Нешто се дугује [само] ако је изречено, као установити службеност пута, пролаза, прогона стоке или довођења воде; а исто важи и за градске службености.)

Он каже да се у продаји земљишта нешто гарантује иако није изречено (*si non dicantur, praestanda sunt*), тј. гарантује се против евикције, а да се за друго гарантује само ако је посебно уговорено (*si dicta sint*). Помпоније за овај други случај даје пример службености.

Поставља се питање – да ли је пренос својине могао бити уговорен тако да, ако изостане, продавац може бити тужен за кршење уговора, тј. накнаду уговорне штете? Уговори добре вере су давали право на накнаду због њиховог кршења. Чак и ако то није било могуће, па чак и ако се узме да је уговор о преносу својине супротан природи купопродаје, Целз би вероватно само одлучио да је та одредба ништава и да важи стандардни режим купопродаје. Дакле, које год становиште заузели о односу преноса својине и купопродаје, Целзово негирање постојања тог контракта се мора објаснити неким другим чињеницама.

6 Детаљније о том питању у Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 272 276; Franics de Zulueta, 37 38; Alan Watson, *Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 61 68.

3. ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ

Када се одбаци екстремна теорија о несагласности купопродаје и преноса својине, Целзов текст постаје необјашњив у контексту у ком се налази. Да би се дошло до других могућих објашњења мора се кренути од конкретног случаја који је могао бити предмет Целзове одлуке.

Бакленд је сматрао да се овде радило о размени два роба, а да је новац који се помиње у тексту дат као накнада за мању вредност једног од њих. Трансакција је била размена, *permutatio*; због тога Целз за новац даје само кондикцију. У погледу речи *proportione emptionis et venditionis*, Бакленд сматра да је питање постављено Целзу било, да ли би се трансакција могла сматрати делом трампом, а оним делом који се на новац односи купопродајом. Целз је одговорио одречно.[7] Иначе, као што Бакленд наводи, то не би био усамљен случај дељења трансакције на два дела јер су Лабеон и Прокул у два случаја препуштали утужењу другим контрактним тужбама оне чинидбе које су уговорене поред главног контракта.[8] Баклендово решење је засновано на исправљању текста и претпоставци да је преписивач изоставио другог роба, Памфила, из текста који је изворно гласио „*Dedi tibi Pamphilum et pam ut mihi Stichum dares*".[9] Ако се то прихвати, ово решење се чини могућим.

Томас (*Thomas*) објашњава D.12.4.16 другим специфичним случајем – *servus suis nummis redemptus*.[10] Он тврди да, када је роб купљен да би био ослобођен и то новцем који је сам обезбедио, „сопственим" новцем, купац добија својину на робу само у циљу његовог ослобађања. Купац је, дакле, само неопходни посредник и не добија „праву" својину будући да се не може користити пуним својинским овлашћењима. Наиме, у складу са рескриптом Марка Аурелија, робови су у овом случају могли захтевати своју слободу, тако да лице који их је купило није над њима имало власт. У поменутом одломку Улпијан овај случај чак назива фиктивном продајом. Али, пре овог рескрипта, дакле у Целзово време, купац би имао сва права над робом независно од тога да ли је од роба добио новац за куповину или не. Тако се чини мало вероватна могућност да се радило о фиктивној продаји у којој се преносила „неефективна" својина. Ипак, специфич-

7 William Warwick Buckland, „D. XII. 4. 16.", *Tijdschrift voor Rechtsgeschie denis* (*Tijd.*) 16/1939.

8 *Ibid.*, 367 369.

9 *Ibid.*, 370.

10 Томас наводи D.40.1.4.2., вид. J. A. C. Thomas, „Celsus: Sale and the Passage of Property", *Studies in the Roman Law of Sale: Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, (ed. David Daube), Oxford 1959.

ности манумисије указују на потребу да манумисор буде власник, јер само тако може учинити ослобођеника римским грађанином; но уколико се прихвати гледиште да је купопродаја основ за захтевање преноса својине, може се закључити да се и та сврха могла остварити купопродајом на задовољавајући начин.

Поред ових посебних случајева, може се поставити питање да ли се могло радити о случају посебне намере странака? Целзове речи говоре о намери једне стране да добије својину на робу али се не изјашњавају о изабраном правном послу.

У чланку још из 1912. године, Аплтон (*Appleton*) је први разматрао природу ове трансакције, односно питање да ли се овде радило о давању новца у замену за обавезивање на пренос својине на робу или о условном давању, са жељом да се роб добије, али без обавезивања примаоца; односно да ли је уопште постојала намера да се закључи купопродаја?[11]

Следећи овај став, Јејл је сматрао да се ради о *условном поклону*. Наиме, једна страна даје новац да би добила роба. Како ће се то десити није одређено; прималац може одлучити да дâ роба као продавац, преузимајући на себе све обавезе у тој улози, или да га преда као поклонодавац, у ком случају не мора да гарантује за поклоњену ствар. Будући да је друга могућност далеко повољнија, Целз усваја становиште да се ради о узајамним поклонима.[12] Такво Целзово настојање би се могло повезати са начелом да се нејасноће у купопродаји тумаче у корист купца тј. да се за нејасноће санкционише продавац:[13]

> D.18.1.21 (Paulus libro quinto ad Sabinum) *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.*

(Лабеон пише да нејасна клаузула мора пре шкодити продавцу који ју је формулисао, него купцу, јер је [продавац] могао јасније да се изрази пре склапања уговора.)

Овде Павле наводи Лабеоново мишљење да нејасноће договора иду на штету продавца који је могао јасније да изрази своју вољу. То правило је вероватно условљено чињеницом да је најчешће продавац тај који даје понуду, односно иницира склапање уговора, као и чињеницом да је већина *pactorum adiectorum* била у његову ко-

[11] Charles Appleton, *Revue Générale du droit* (1912), цит. према D. E. C. Yale, вид. следећу фусноту.

[12] D. E. C. Yale, „Celsus: Sale and Conditional Gift", *Studies in the Roman Law of Sale: Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, (ed. David Daube), Oxford 1959.

[13] Такође у D.18.1.33.

рист. Дакле, ако је у случају D.12.4.16 давалац новца тј. иницијатор трансакције недовољно јасно изразио своју вољу да му друга страна прода роба, Целз је лако могао да закључи да другој страни треба омогућити најповољнији правни положај. Можда је одатле проистекла одлука да је новац предмет условног поклона.

4. СЛОБОДА ИЗБОРА

Насупрот томе, мора се напоменути да је постојала још једна чињеница, можда и важнија, која би спречила да настане купопродаја. Ако је заиста зависило од одлуке примаоца да ли ће преузети обавезе продавца, као што предлаже Јејл, Целз је морао такву ситуацију квалификовати као просто *datio ob rem* због принципа да се не може оставити једној уговорној страни да одлучи да ли ће бити обавезана:[14]

> D.18.1.7.pr.(Ulpianus libro 28 ad Sabinum) *Haec venditio servi „si rationes domini computasset arbitrio" condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. Sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat „si voluero, decem dabo": neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. Si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest.*

(Оваква продаја роба, „ако по процени господара намири рачуне" условна је; а условне продаје постају коначне када се услов испуни. Али, да ли је овај услов продаје, ако сам господар одлучује по својој процени, или по процени доброг човека [доброг домаћина]? Наиме, ако прихватимо процену господара, продаја је ништава, као када би неко овако продавао, ако пожели, или ако би стипулатор обећао „ако пожелим, даћу десет"; не може бити остављено одлуци туженог [дужника] да ли ће бити обавезан или не. Сходно томе, стари правници су прихватили да се рачуна према процени доброг човека, а не господара. Тако да ако су рачуни прихватљиви, а он их не прихвати, или их прихвати а претвара се да их није прихватио, испуњен је услов и продавац се може тужити на основу продаје).

Улпијан овде разматра продају роба закључену под условом „уколико је, по мишљењу власника, измирио рачуне" и поставља питање, да ли испуњеност услова треба мерити заиста према оцени

[14] Још и D.18.1.35.1.

његовог власника или према оцени доброг домаћина (*arbitrio boni viri*). Затим каже да је купопродаја ништава ако се као мерило узме суд власника, јер би то било као када би човек продао ако одлучи да прода [тј. пре него што је одлучио нема купопродаје] или ако би стипулисао: „Даћу десет ако желим да дам“ (*si voluero, decem dabo*). Улпијан категорички закључује да не може бити остављено уговорној страни да одлучи да ли ће бити обавезана или не (*neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus*). Даље каже да је то било становиште и старих правника.

Дакле, ако је тако уговорено да је зависило од дискреционе воље друге стране да ли ће предати роба или не, радило би се о ништавости уговора под потпуно потестативним одложним условом. Ово решење је врло једноставно и јасно, није било могуће условити обавезе продавца у толикој мери да би он морао да преда продату ствар тек ако пожели да то уради. У складу с овим, јасно је и да би кондикција увек била могућа, јер би уговор био непуноважан и правно ирелевантан. Уговор не би настао, чак ни као условни, тј. као делимична купопродаја.

5. ПРОБЛЕМ КОНСТРУКЦИЈЕ

Аплтонова недовршена купопродаја и Јејлов условни поклон сугеришу да однос странака једноставно није био довољно јасан у оквиру типичне купопродаје. Целз вероватно не би могао да схвати давање одређене своте новца под условом као понуду; ту се купац не би обавезао ни на шта, његова би обавеза већ била извршена. Иако се новац могао задржати само уз испуњење услова, својина на њему је била пренета предајом и тај акт се не би могао сматрати чинидбом која је извршена пре настанка самог уговора који је дефинише.

Саму формулацију случаја дугујемо Целзу, који није цитирао странке, већ описивао однос онако како га је он видео; да се радило о понуди, Целз би вероватно то и рекао у самом тексту. Такође, може се поставити питање да ли је новац био праћен условом или је он касније изнет, тј. да ли је прималац могао задржати новац без саглашавања с било каквим условом? Ако је новац дат да би се роб било како добио, као што је претпостављао и Јејл,[15] онда је однос међу странкама био сувише неодређен и његове правне последице би зависиле од воље друге стране. Све ово је натерало Целза да закључи да је ситуација правно нецеловита и да даваоцу препусти најједноставнију тужбу, коју није сматрао спорном у тако раздељеном односу. Другим речима, недостајао је консензус о продаји. Новац је

[15] Yale (1959), 174.

био дат. Прималац га је могао задржати ако да нешто заузврат. Не само да је „купац“ извршио оно што би била његова чинидба пре настанка уговора, него је и „продавац“ био слободан од обавезе предаје ствари. Он је само могао да бира да ли ће испунити услов.

Продаја се није могла закључити тако што би се дао новац, а затим тражила сагласност и то највероватније због тога што римски правници нису били спремни да ретроактивно успостављају чинидбе. С друге стране, није се могла установити предаја *brevi manu* јер је њена суштина у томе да детентор добије државину, а из речи текста (*dedi tibi pecuniam*) видимо да је новац био дат обичном предајом државине (*traditio*) која је пренела и својину. Овде се дотичемо чувеног питања о *iusta causa traditionis*. Данас је најшире прихваћено становиште да је у класичном праву та *causa* морала бити неки правни посао усмерен на пренос својине, али и даље постоји и мишљење да је сама намера странака да својина пређе била довољна. Обе варијанте стварају тешкоће за изнето тумачење које предлаже да је новац дат без претходног договора или барем без претходног уговора о купопродаји. Али за потребе овог објашњења и у складу са речима текста, можемо узети да је традиција пренела својину на новцу на основу намере даваоца; утолико пре јер је сума новца по роду одређена ствар која не би могла бити предмет виндикације.

Инстантна продаја је замислива утолико што обавезе страна постоје неко време по закључењу уговора, макар то било и за тренутак, али није замислива ретроактивна продаја, у којој је обавеза једне стране у моменту закључења већ извршена, те је практично ни нема. Иако постоје и друге обавезе на страни купца, предаја цене је несумњиво основна обавеза и цена је *essentialia negotii*. Продаја не постоји без те обавезе. У Дигестама налазимо разне модификације обавезе плаћања: плаћање у ратама, после одређеног времена, у одређеном року итд., али нигде не налазимо случај плаћања унапред тј. пре настанка самог уговора на основу ког се плаћање врши. Са становишта права, тај случај није неизводљив; купац би могао да употреби приговор преваре ако би био тужен од стране продавца који је примио новац пре закључења уговора, али питање је како, и да ли би се то уклопило у догматику римских правника.

Упоређивање уговора о размени новца за роба с продајом је сасвим логично. Такав уговор би у редовним околностима био садржина продаје. Али у овом конкретном случају, обавезе из продаје настале би само на једној страни. Зато се Целз питао да ли тај однос може бити делимично продаја, продаја на страни примаоца, односно *pro portione emptionis et venditionis*. Ту могућност, као што смо већ претпоставили, Целз одбацује. По последицама ово решење је исто као и оно које је предлагао Јејл. Радило би се о условним давањима.

Међутим, искључивши купопродају за овај тип уговора (*id contractus genus*) Целз је морао накнадити гаранцију против евикције која је имплицитно садржана у купопродаји. Због тога је изричито захтевао гаранцију, тако што је предвидео да се неће ослободити од кондикције давалац роба ако не обећа да гарантује против евикције. Иако се потпуна евикција није могла десити ако је својина пренета, било је потребно обезбедити даваоца од могућих службености и заложних права која би могла постојати на робу.

Целзова неспремност да искорачи из стандардног следа уговарања купопродаје одражава формализам и конзервативност који су вероватно утицали и на решење да је у овом случају само кондикција могућа. У I веку наше ере, Целз вероватно још увек није био спреман да дозволи *actio in factum* за испуњење једног договора који по свим карактеристикама одговара типу каснијих неименованих контраката. Мада би *actio in factum* била корисна само у трећој хипотези тј. за давање гаранције. Однос странака се боље могао уговорити двема стипулацијама или купопродајом, али мора се претпоставити да су обе могућности биле искључене чињеничним стањем и намером странака.

Ипак, цела поменута конструкција почива на тумачењу да D.12.4.16 говори о случају када је новац дат без претходног консензуса о преносу роба. Ако се узме да речи *dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* подразумевају договор о целој трансакцији, тј. консензус који је настао пре него што је новац дат, онда се опет мора тражити другачије решење. У том случају, било би могуће враћање на Баклендово тумачење или прихватање могућности да се радило о ништавости потпуно потестативно условљеног уговора.

6. ЗАКЉУЧАК

На крају, може се закључити да ниједно од понуђених решења не може са извесношћу да објасни D.12.4.16. Узимајући у обзир могућу скраћеност и измењеност текста, јасно је да се никада неће поуздано сазнати шта је то о чему је Целз одлучивао и на основу којих принципа. Становиште о несагласности купопродаје с преносом својине је нереално и сувише формалистички конструисано. Па чак и да је било немогуће уговорити пренос својине у купопродаји, није вероватно да би то довело до потпуног искључивања тог контракта. Баклендово решење је једно од најубедљивијих у досадашњој литератури, али и оно почива на једној „малој" исправци текста. Врло је привлачна и могућност да се радило о ништавости уговора у којем је обавезаност једне стране зависила од њеног слободног нахођења;

то правило је у највећој мери објективно тако да би га Целз могао заступати на нивоу правних начела. Коначно, теорија које се заснива на намери странака и конструкцији њихове трансакције такође делује убедљиво у неким својим аргументима. Нарочито је привлачна хипотеза условних поклона, јер даје основа за објашњење готово свих питања која су разматрана у овом раду. Али, нејасноће и дилеме и даље остају; и то решење је засновано на претпоставци да је намера странака била одлучујућа. Једино око чега се може постићи споразум јесте да је случај сигурно био по нечему посебан и да је због те посебности, о којој ми можемо само да претпостављамо, донета оваква збуњујућа одлука.

Miloš Vukotić

Third-Year Undergraduate Student
University of Belgrade Faculty of Law

D.12.4.16 SALE OR UNJUSTIFIED ENRICHMENT

Summary

In the XII book of the Digest stands a text in which Celsus denies the existence of sale when one party gives money in order to receive a slave. However, that situation, i.e. a monetary exchange, in usual circumstances always constitutes a contract of sale, rendering it necessary to pose the question – why did Celsus make a decision which is, at face value, contrary to the general principles of the Roman law of obligations? Examining the answers that have already been given in the literature, the author discusses several possible solutions and points out their respective key dilemmas. The explanation that the contract was concluded under a fully potestative condition stands out as the simplest, while the theses of an exchange with payment and of a special structure of the transaction which excluded the contractual action stand out as especially inventive. The author takes a critical stance towards the principle of *vacuam possessionem tradere* and tries to show its limited practical scope.

Key words: *Emptio-venditio. – Condictio causa data causa non secuta. – Transfer of ownership. – Consensus. – Celsus.*

Др Владан Јончић*

МИОДРАГ СИМИЋ
(1931 2012)

Пред саме новогодишње празнике, у дане свеопште радости, стигла је тужна вест. Умро је професор др Миодраг Симић, наш драги Миша. Навикли смо да га после његовог одласка у пензију повремено виђамо у нашој кући, у згради Правног факултета, у којој је провео добар део своје радне и универзитетске каријере и да у шаљивом тону евоцирамо успомене из времена заједничког рада. Сада ће нам недостајати тај његов ведар дух и искричав критицизам, проткан добрим очинским намерама. Увек спреман да несебично пренесе и подели своја открића у научном раду, који је наставио и после одласка у пензију, да у разговорима с млађим колегама још једном провери своје закључке, да укаже на нека нова сазнања, да понуди добар савет.

Његов животни пут био је креативан, разнолик и садржајан. Миодраг Симић је рођен 3. марта 1931. године у Београду где је завршио основну школу и гимназију. Потом је завршио Филозофски факултет Универзитета у Београду на Одељењу за историју. Магистарску тезу под насловом „Школе у Београду у време окупације 1941 – 1944. године” одбранио је 1973. године, а докторирао је 1985. године на Филозофском факултету у Новом Саду с темом „Лист ‚Политика’ и јавно мњење Србије од 1904. до 1915. године”.

Радна и професионална каријера била му је врло интересантна и богата. Бурно и контроверзно време у коме је професор Симић проживео младост одразило се и на његов животни пут. У време обнове земље после Другог светског рата, као млади гимназијалац укључио се у општи, ентузијазмом надахнут покрет обнове земље и учествовао је у више омладинских радних акција. Пред крај своје професионалне каријере често је истицао да је поносан на тај део

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

свог живота, као и на време проведено у наставничком звању на Правном факултету. Радну каријеру је започео 1956. године у КУД-у „Абрашевић" у својству организатора програма, а у Југословенски библиографски институт прелази 1963. године као библиотекар. Наставничку каријеру у звању средњошколског професора за предмет Историја започео је 1967. године у „Машинском школском центру". Од тада, па до одласка у пензију, није више напуштао наставничку и истраживачку професију. Његова склоност ка истраживању одводи га 1975. године на рад у Југословенски институт за новинарство на радно место самосталног научног сарадника, а касније постаје директор међународног школског центра у истом Институту. У звање вишег предавача за предмет Општенародна одбрана и друштвена самозаштита СФРЈ изабран је 1979. године на Правном факултету Универзитета у Београду, за ванредног професора за предмет Одбрана и заштита изабран је 1988. године, а за редовног професора изабран је 1993. године.

У току своје плодне истраживачке и универзитетске каријере професор Симић написао је знатан број научних и публицистичких радова. Његова склоност ка истраживању запажа се нарфочито приликом израде магистарске тезе и докторске дисерације.

У магистарској тези „Школе у Београду у време окупације 1941 – 1944. године" је на основу изворне грађе дао оцену стања школства и културе у окупираном Београду. У више наврата је истицао да је тај рад био на неки начин његов дуг родном граду и грађанима за патње којих је био очевидац у окупираном Београду. Тешко стање под окупацијом утицало је на њега да се од ране младости окрене слободарским идејама и левичарском покрету, остављајући у њему изражен осећај хуманизма. У магистарском раду је с филигрантском прецизношћу обрадио податке до којих је дошао и сваку своју тезу и закључак илустровао је егзактним показатељима. У докторској дисертацији документовано је доказао да је лист „Политика" својим садржајем и програмском оријентацијом настојала да се народи у новоформираној држави осећају равноправно, али и да се „испуњава воља народа". Међутим, услед све јачег испољавања лажног парламентаризма и све већих кршења слобода, настоји преко својих садржаја да осуди став младе, националистички оријентисане грађанске класе. „Политика" тако постаје један од главних фактора који утичу на јавно мњење и својим деловањем је, по његовом мишљењу, дала велики допринос демократским, културним и политичким струјањима на југословенском простору. Ослањајући се на литературу, архивске податке и сећања појединих сарадника „Политике", Симић је пружио нашој научној јавности низ значајних појединости. Тако је успео да баци нешто више светла и на ону скри-

вену и неприступачну програмску орјентацију која се провлачила од настанка листа, захваљујући којој је „Политика” могла имати снажан утицај на општа друштвена кретања.

Не само у својој докторској дисертацији, него и у другим радовима успевао је да на светло дана изнесе и такве податке које је могао да пронађе само неко ко је као он педантно, стрпљиво и неуморно трагао по архивама и библиотекама. Миша је био у томе био ненадмашан.

Но, он није само стао на овоме. Окренут историјским темама, безбедности и систему одбране, које захтевају неуморно трагање по документима и архивама, наставио је да с краћим и дужим прекидима то чини до краја свог живота. Чак и када је отишао у пензију наставио је свој трагалачки посао. Написао је знатан број научних радова, међу којима се истичу: „Породица Рибникар и њихова улога у штампи у нас”, „Лист ‚Политика’ и његов утицај на ширење демократских идеја у периоду између два рата” (1987), „Улога историографије као фактора зближавања народа” (1977), „Београдски универзитет у окупационом периоду (1941–1944)” (1985), „Окупациони систем у Београду 1941–1944. године и ‚специјални рат’ према култури” (1983), „Окупациона управа Београда 1941–1944. године и њен однос према штампи”, „Београдска штампа крајем 19. и почетком 20. века” (1986), „Политика и студенти Београдског универзитета уочи Другог светског рата” (1987), „Специјални рат и средства информисања”, „Неконвенционални и психолошкопропагандни облици специјалног рата према СФРЈ и средствима јавног информисања” (1982), „С народом ‚Политика’ 1904–1915” (1989), „Олујни период – Правни факултет у Београду у време окупације (1941–1944)”, „Сто година Треће београдске гимназије” (1991), „Правни факултет у Београду у време окупације и првој години у ослобођеној земљи” (1992), „Правни аспекти система јавног информисања са освртом на слободу штампе и одбрану земље” (1994), „Улога и значај професора Слободана Јовановића у развоју научне публицистике у нас” и друго. Разноврсност тема, а ипак стална посвећеност истраживању образовног система и издаваштва у нас, представљају константу његовог опуса.

Његова наставна активност је такође била плодоносна. За потребе наставе написао је више уџбеника: „Одбрана и заштита – теорија и систем” (1990) коауторски рад, „Одбрана и заштита – Међународне организације и јавно информисање”, Посебни део, коауторски рад (1992) и „Безбедност у свету и међународне институције са основама права информисања” (1993). Огледао се и у писању фељтона. Познати су му фељтони: „Развој и основне карактеристике средстава масовног комуницирања” (1981), „Средства информисања у ОНО и

ДСЗ"(1982), „Лист ,Политика' и демократске идеје између два рата" (1987) и др. У току своје универзитетске каријере учествовао је на више међународних и домаћих симпозијума. Радио је на неколико научних пројеката, од којих су најпознатији, „Историја новинарства у Србији", „Ефекти гласила Скупштине СФРЈ на информисање делегација у бази", „Комуникациони системи СФРЈ" и „Трагом јубилеја Треће београдске гимназије" (1992).

Остаће упамћен као врстан универзитетски наставник. Значајну пажњу посветио је хуманизацији предмета и осавремењавању наставе, уграђујући у њен програм историјске садржаје. Таквим радом је не само допринео развоју ове дисциплине, већ је знатно утицао на измене наставних планова из предмета Одбрана и заштита и Право одбране, који је осмислио у сарадњи са својим колегама на предмету. Држао је предавања и обављао испите из предмета ОНО и ДСЗ СФРЈ и на другим факултетима: на одељењу београдског Правног факултета у Ужицу, на Филозофском факултету, Технолошкометалуршком факултету и на Стоматолошком факултету Универзитета у Београду. Учествовао је у раду бројних комисија за одбране магистарских и докторских дисертација.

У раду са студентима долазила је до изражаја његова коректност, добронамерност и спремност да им помогне, уз увек присутно подсећање на њихову обавезу да само радом могу постићи успех. Та његова, скоро пословична блага строгост остала је као последица тешких времена у којима је стасавао не само он, већ читава његова генерација. Такав однос према млађима, уз класичне и неговане лепе манире и пажљиво опхођење, како са колегама, тако и са студентима, давали су му снажну личну карактеристику по којој је остао упамћен. Држао је како до своје речи, тако и до речи других, сматрајући да је непојмљиво да се лако и неодговорно изговарају. Због те своје особине сматран је за класичног, савесног и поштеног универзитетског професора.

На крају, писац ових редова ће дозволити себи да у спомен на професора Симића изнесе и нека своја лична сећања. Од његовог доласка на Факултет заједно смо радили како на изградњи предмета за који смо били бирани, тако и на личном, стручном усавршавању. Често смо један другоме били први саговорници у неким открићима или дилемама на које смо наилазили, које нисмо смели да поделимо са другима. Несебично ми је помагао када бих се сусрео са тешкоћама, као и сваки други млађи наставник, и увек пружао несебичну подршку колико је то у његовој моћи било. То је чинио и према другима, али уз сву пажњу да не буде наметљив.

Миодраг Симић је својим радом сврстао себе у светле ликове наставника Правног факултета Универзитета у Београду. Историчар у дубини душе, професор Симић се сели у новопостављени музеј Правног факултета, који ће његовом смрћу постати богатији за још једну биографију и још једну академску и животну причу. Повест Храма науке и знања добија још једно часно име – професора др Миодрага – Мише Симића. Нека му је вечна слава.

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ У 2012. ГОДИНИ

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 27. фебруара 2012. године, донело је одлуку о избору МАРКА ПЕРОВИЋА, мс. права, у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 23. априла 2012. године, донело је одлуку о избору мр МИЛОША ЗДРАВКОВИЋА, поново у звање асистента за уже научне области Теорија права и државе и Филозофија права – предмети Увод у право и Филозофија права;

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 15. маја 2012. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. априла 2012. године, донело је одлуке о избору:

мр НАДЕ ВАРНИЧИЋ-ДОНЖОН у звање наставника страног језика за наставни предмет Француски језик за ужу научну област Страни језик – француски;

мр ДАНКЕ СТОЈАКОВИЋ у звање наставника страног језика за наставни предмет Немачки језик за ужу научну област Страни језик – немачки;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду, на седници од 28. маја 2012. године, донело је одлуку о избору МАРКА ЈОВАНОВИЋА, мс. права, поново у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмети Међународно трговинско право и Арбитражно право;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 5. јуна 2012. године, на предлог Изборног

већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. априла 2012. године, донело је одлуке о избору:

др ГОРДАНЕ ПАВИЋЕВИЋ-ВУКАШИНОВИЋ, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Теорија права и државе – предмети Основи социологије и социологија права и Политичке и правне теорије;

др ДОБРОСАВА МИЛОВАНОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 2. јула 2012. године, донело је одлуку о избору:

мр БОЈАНЕ ЧУЧКОВИЋ, поново у звање асистента за Међународноправну ужу научну област – предмет Међународно јавно право;

мр МАЈЕ ЛУКИЋ, поново у звање асистента за Међународноправну ужу научну област – предмет Увод у право европских интеграција;

мр ВАЊЕ БАЈОВИЋ, поново у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право;

мр СВЕТИСЛАВА КОСТИЋА, поново у звање асистента за ужу научну област Јавне финансије и финансијско право – предмет Пореско право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 24. септембра 2012. године, донело је одлуку о избору мр ДРАГАНА ПАВИЋА, истраживача сарадника на научно-истраживачким пројектима, у звање асистента практичне наставе на Правном факултету Универзитета у Београду;

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 9. октобра 2012. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. септембра 2012. године, донело је одлуке о избору:

др МАРКА ЂУРЂЕВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право;

др МИЛЕНУ ЂОРЂЕВИЋ, асистента, у звање доцента за Пословноправну ужу научну област – предмети Међународно трговинско право и Арбитражно право;

др МИРЈАНУ ДРЕНОВАК-ИВАНОВИЋ, асистента, у звање доцента за Управноправну ужу научну област – предмети: Еколошко право и Правна информатика (вештина);

др НЕНАДА ТЕШИЋА, асистента, у звање доцента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право – општи део и Стварно право;

Веће научних области друштвено – хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 23. октобра 2012. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. септембра 2012. године, донело је одлуке о избору мр ЈАДРАНКЕ МЕШИЋ у звање наставника страног језика за наставни предмет Енглески језик за ужу научну област Страни језик – енглески;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 29. октобра 2012. године, донело је одлуку о избору:

МИЛОША СТАНКОВИЋА, мс. права, поново у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Наследно право;

УРОША НОВАКОВИЋА, мс. права, поново у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Породично право;

СВЕТИСЛАВА ЈАНКОВИЋА, мс. права, у звање асистента за Пословноправну ужу научну област – предмети Трговинско право и Саобраћајно право;

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 24. децембра 2012. године, донело је одлуку о избору ФИЛИПА БОЈИЋА, мс. права, у звање асистента за Радноправну ужу научну област – предмети Радно право и Социјално право;

Наставно-научно веће Правног факултета Универзитета у Београду на својој седници од 24. децембра 2012. године, донело је одлуку о продужењу ангажовања:

БРАНКИ БАБОВИЋ, сараднику у настави за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско процесно право, за период од 5. јануара 2013. до 30.септембра 2013. године;

ВЕРИ ЖИВКОВИЋ, сараднику у настави за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије права, за период од 1. марта 2013. до 30.септембра 2013. године.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2012. ГОДИНЕ

1. Мр Надежда Тошић, „Буџетска инспекција – са посебним освртом на буџетски систем и управна овлашћења", докторирала 25. јануара 2012. године;

2. Мр Мирјана Дреновак Ивановић, „Приступ правди у еколошким управним стварима”, докторирала 16. марта 2012. године;

3. Бојана Лакићевић, „Релевантна питања међународног права у светлости поступка пред Међународним судом правде у спору између СР Југославије/Србије и Босне и Херцеговине”, докторирала 27. априла 2012. године;

4 Мр Ивана Крстић Мистриџеловић, „Државноправни положај цркве у Кнежевини и Краљевини Србији”, докторирала 13. јуна 2012. године;

5. Мр Ненад Тешић, „*Pactum de cedendo* – о продаји потраживања као бестелесних ствари”, докторирао 21. јуна 2012. године;

6. Мр Милена Ђорђевић, „Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе”, докторирала 22. јуна 2012. године;

7. Мр Јелена Шогоров Вучковић, „Уговор о хипотекарном кредиту”, докторирала 2. јула 2012. године;

8. Мр Жарко Синђелић, „Право на приватност – кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти”, докторирао 4. јула 2012. године;

9. Мр Данило Вуковић, „Друштвени услови стварања и примене социјалног права у Србији”, докторирао 5. септембра 2012. године;

10. Мр Едо Корљан, „Европска конвенција о људским правима и право на живот”, докторирао 8. октобра 2012. године;

11. Мр Дејан Мировић, „Србија и усвајање *acquis communautaire*”, докторирао 9. октобра 2012. године;

12. Мр Александар Гајић, „Доказивање пред Међународним судом правде”, докторирао 15. октобра 2012. године;

13. Мр Бојана Чучковић, „Примена правила о одговорности државе за еколошку штету”, докторирала 23. октобра 2012. године;

14. Мр Слободан Мартиновић, „Питање правног субјективитета”, докторирао 26. октобра 2012. године;

15. Мр Лазар Јовевски, „Заштита здравља и безбедности на раду, с посебним освртом на заштиту *ratione personae*”, докторирао 26. октобра 2012. године.

16. Мр Предраг Раосављевић, „Право државе на самоодбрану у свијетлу међународне праксе”, докторирао 5. новембра 2012. године.

17. Мр Александар Мојашевић, „Економска анализа алтернативног решавања грађанскоправних спорова”, докторирао 7. новембра 2012. године.

18. Мр Јасмина Вукотић, „Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре”, докторирала 16. новембра 2012. године.

19. Мр Младен Милошевић, „Одговорност правних лица за кривична дела”, докторирао 25. децембра 2012. године.

20. Мр Ђуро Бодрожић, „Социолошко-правне основе српског идентитета”, докторирао 27. децембра 2012. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци" мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији.

У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.".

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања", *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit*., нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се на-

знака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e.asp,* 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LX, No. 2, 2012, pp. 1–410

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

ERRATA

У претходном броју Анала Правног факултета у Београду 1/2012, у приказу књиге Наде Варничић Донжон, *Француски језик у праву*, Београд 2011, чији је аутор проф. др Момир Милојевић, из техничких разлога су се поткрале извесне грешке, којих нема у тексту рукописа.

– на стр. 383, ред 7. одозго стоји „такмишењима“, а треба „такмичењима“;
– на стр. 384, ред 1. одозго стоји „Француској уставности“, а треба „француској“;
– на стр. 388, ред 1. одозго стоји „садржати“, а треба „да садржи“;
– у фн. 6 после речи „ратификовала“ грешком стоји реч „га“.

Молимо читаоце да уваже исправке на које је указао аутор и тражио од Редакције да тим поводом реагује. Редакција се извињава аутору и читаоцима.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Journal of Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Од No. 3 (2009) издање на енглеском језику излази као трећи број српског издања. – Преузео je: Annals of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514